

ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

Seconda edizione

Danilo Dalla
Renzo Lambertini

G. Giappichelli Editore, Torino 2001



PREFAZIONE

Pensavamo da qualche tempo di scrivere un manuale di Istituzioni di diritto romano, materia in cui, in giorni ormai piuttosto lontani, è incominciata la nostra prima esperienza didattica come assistenti, e che tuttora, pur nelle diverse vicende accademiche trascorse, riconosciamo come base della nostra formazione giusromanistica. La spinta decisiva è poi derivata dalla comune titolarità del corso istituzionale nelle Università di Bologna e di Modena, per di più in una fase di riassetto degli insegnamenti del settore, che, non senza trasformare sovente la necessità in virtù, finisce coll'attribuire al corso elementare di diritto privato romano un ruolo trainante. Per il resto, non è mai facile dire perché si scrive un libro, ed è forse ancor più arduo giustificarlo in un campo in cui negli ultimi anni si è assistito a una fioritura di testi didattici, molti dei quali dovuti ai più autorevoli cultori delle nostre discipline. Né ci illudiamo che occorra proprio il lector malevolus al quale è rivolta la prefazione di un notissimo testo istituzionale per allineare appunti in margine alle pagine che seguono.

L'idea peraltro era quella di realizzare al contempo un testo agile ma non privo di rigore, in cui, insieme all'inevitabile nucleo tralatizio proprio quasi di ogni manuale, ci fosse un poco del nostro, pur nella ovvia diversità degli stili personali, che d'altra parte non abbiamo cercato di stemperare. Non è invece mancato il tentativo di perseguire un risultato di coerenza sostanziale, a costo spesso di discussioni non meno impegnative della stesura medesima.

In linea con l'indirizzo corrente sono la sistematica traduzione del lato e la rinuncia all'apparato erudito; meno consueta risulta la schematicità della trattazione del negozio giuridico, tributo, più che a tendenze dottrinali, alla convinzione che l'adeguamento all'esperienza romana implichi un riflusso di problematica nelle parti speciali.

Ringraziamo Giovanni Luchetti e Gianni Santucci per avere letto il testo e per le sollecitazioni che ne sono talora derivate; siamo anche debitori ad Anna Bellodi Ansaloni e a Filippo Briguglio, in particolare per la collaborazione in campo informatico.

Un devoto pensiero va infine a Enzo Nardi, primo referente dell'esperienza accademica e umana in cui anche questo libro si inserisce.

D.D. R.L.

maggio 1996

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

È noto non soltanto agli addetti ai lavori che la realizzazione dell'autonomia didattica degli Atenei, tra le ulteriori rilevanti implicazioni, comporta una meditata revisione dei percorsi e dei metodi didattici, nonché, di conseguenza, dei relativi libri di testo.

Senza troppe perifrasi, in un quadro generale in cui l'impegno postulato da ogni insegnamento risulta misurabile con il sistema dei crediti, il manuale diventa inevitabilmente a sua volta – lo diciamo senza ironia, ma nemmeno possiamo nascondercelo – anche una sorta di libro “a ore”. Nel caso del corso di Istituzioni di diritto romano, che a nostro avviso – e, diremmo, al di là di ogni possibile riforma – continua a identificare il contributo minimo irrinunciabile di quell'esperienza giuridica alla formazione del giurista, il ridimensionamento appare forse d'acchito più difficile che non in altri settori per via di una tradizione secolare che ne ha segnato i contenuti e l'impianto sistematico.

La presente seconda edizione tiene dunque conto della predetta necessità; nondimeno qualche precisazione ci pare doverosa.

Il testo, in termini di pagine, è più breve del suo predecessore, perché pur essendoci pagina e pagina è indubbio che il canone del numero conserva una sua immediata e concreta valenza che neppure l'impostazione metodologica più raffinata può permettersi di preterire.

Tuttavia siamo partiti da un testo già decisamente agile, che quindi non necessitava ora, a nostro credere, di una massiccia falcidia.

Siamo inoltre convinti che la brevità debba continuare a coniugarsi con il rigore e che un testo didattico sia tale se e in quanto si riveli idoneo a favorire la crescita culturale e la maturità critica del discente, fuori da ogni ottica di appiattimento più o meno ammiccante alle (infauste) ragioni di una programmatica facilità.

In tale prospettiva, abbiamo sacrificato – talora a malincuore, perché non ammetterlo? – più i dati che i concetti, più i particolari che i ragionamenti, più le digressioni che i raccordi sistematici. Ma la riduzione si inserisce a sua volta in un'opera di visibile rielaborazione, che non di rado contempla pure l'inserimento di tematiche nuove o esposte in modo diverso, in ragione degli studi compiuti nel frattempo e del continuo fisiologico mutamento di vedute, il tutto supportato dal risultato di un'esperienza didattica (positiva, ci sentiremmo di dire) condotta sul manuale originario, che poi ha costituito la nostra guida principale nel lavoro di revisione.

Ringraziamo la dott.ssa Marina Evangelisti e la dott.ssa Federica De Iuliis per il prezioso ausilio fornito nella rielaborazione dell'indice analitico.

D.D R.L.

marzo 2001

CAPITOLO I

DIRITTO E FONTI

1. Premessa. Ragioni di uno studio
2. Il “diritto romano”
3. Le fonti. Costumi e leggi
4. Il sistema pretorio
5. Le norme dell'impero
6. La giurisprudenza
7. Fonti postclassiche. Le codificazioni
8. La compilazione giustiniana
9. Partizioni del diritto

1. *Premessa. Ragioni di uno studio*

Negli esordi dei testi didattici elementari di diritto romano non è raro rinvenire un nucleo più o meno esteso di considerazioni volte a spiegare al discente perché nelle Facoltà di Giurisprudenza si studia tale diritto, un diritto storico privo di pratica applicazione. Talora pare anche di cogliere una sorta di percepibile rammarico, quasi che questo compito sia un po' un onere aggiuntivo da cui tanti altri docenti di materie giuridiche non sono toccati: lo studio del diritto civile – per esempio – si giustifica comunque d'acchito perché c'è un codice di quasi tremila articoli che ha valore di legge accompagnato da una marea di altre norme pure in vigore, e lo stesso può dirsi per la gran parte delle discipline che figurano nell'ordine degli studi giuridici, visti, in modo pressoché esclusivo, in chiave professionalizzante.

Ma il diritto romano?

La risposta, va subito ammesso, non si presenta facile, e ciò per due principali ordini di considerazioni.

Il primo è legato al fatto che sarebbe assai più agevole rivolgersi – e certo si sarebbe più rapidamente compresi – a chi con il diritto romano e con le altre componenti della formazione giuridica nel suo complesso ha già preso un non marginale contatto. In questo caso basterebbe far leva sul dato acquisito di un'esperienza solo, per certi aspetti, da disvelare incanalandola verso la risposta al quesito.

In secondo luogo, complessità a parte, la risposta è articolata – o forse ci sono molteplici risposte – e richiederebbe per ciò stesso uno spazio che in genere l'economia, sempre un po' tirannica, interna a un manuale non consente di attribuirle.

Confidando che già un poco le ulteriori pagine di questo libro e soprattutto, più in generale, il dipanarsi degli studi giuridici appena iniziati siano in grado di circostanziare in qualche misura tale risposta e di arricchirne il contenuto, ci sentiremo di proporre alcuni brevi spunti di riflessione.

[diritto e storia] Innanzitutto vediamo perché si studia la storia del diritto.

Perché, prodotto dall'uomo e per l'uomo – a differenza delle leggi fisiche nate con il mondo e insuscettibili di cambiamento –, il diritto nasce e vive nella storia e in essa trova le proprie radici e le proprie ragioni. Per lo stesso motivo il diritto muta nel tempo – a volte con significativi ritorni: prima del 1970 in Italia non c'era il divorzio, presenza costante come vedremo lungo tutto l'arco della storia giuridica di Roma –, e nello spazio – si pensi alla poligamia., sempre estranea alla nostra tradizione ma altrove praticata. Il diritto avulso dalla storia perde dunque la sua intrinseca relatività, rimane privo di spessore e di ragioni: si imparano così la lettera e il contenuto della norma ma non il suo perché, la si riduce – più o meno inconsapevole – un dato assiomatico che scende dall'alto, che si autogiustifica: un dato, in ultima analisi, che è più arduo discutere con cognizione di causa. La storia del diritto si pone così anche come irrinunciabile coscienza critica.

[diritto romano e diritti antichi] Sì, ma perché lo studio proprio del diritto romano?

Perché, unico diritto dell'antichità sistemato dai suoi stessi giuristi, il diritto romano, dopo avere retto per secoli lo Stato che lo ha espresso e che, come impero, ha assunto una dimensione universale estendendosi a pressoché tutto il mondo allora

conosciuto, una volta, codificato nel VI secolo d.C. da Giustiniano imperatore, ha costituito dall'inizio dello scorso millennio la base del diritto della nuova dimensione imperiale europea e in tale direzione – anch'esso fenomeno irripetibile di ultravalenza e transnazionalità – ha segnato tutta la storia giuridica dell'Europa continentale, penetrando poi nelle sue grandi codificazioni (il codice civile prussiano del 1794, il codice civile francese del 1804, il codice civile austriaco del 1811, il codice civile tedesco del 1900) e di conseguenza nelle loro rispettive filiazioni (fortemente debitore al modello francese è il codice civile italiano del 1865, predecessore di quello vigente).

I testi giuridici romani della compilazione giustinianea (§ 8), in particolare quelli raccolti nel Digesto, costituiscono un patrimonio inesauribile di scienza del diritto. Improntato al metodo casistico, cioè alla soluzione del caso concreto – a sua volta fonte di dogmi e regole –, il modo di operare dei giuristi romani rivela una raffinatezza tecnica che si coniuga con duttilità alla ricerca della soluzione equitativa in grado di temperare le opposte esigenze e di graduare gli interessi in gioco; incline, per ciò stesso, anche al superamento del dogma in vista di un obiettivo di economicità. Pur con vari gradi di consapevolezza (e magari, in qualche caso, non disposto a riconoscerlo), il giurista moderno ragiona ancora in buona misura con i nessi e i percorsi logici di quegli interpreti.

[diritto romano e attuale assetto europeo] Un ultimo punto, quasi un corollario.

La nuova realtà europea, che tutti stiamo vivendo da vicino e che si mantiene carica di promesse, pone anche, inevitabilmente, alcuni problemi altrettanto rilevanti. In un sistema da tempo avviato verso una moneta unica e connotato dalla libera circolazione delle persone e dei beni, la ricerca, se non di un diritto unitario, di alcune fondanti categorie giuridiche – o, se si vuole, di moduli interpretativi – comuni, si presenta come un obiettivo improcrastinabile.

Anche a chi si accosta soltanto ora alle tematiche giuridiche appaiono di immediata evidenza i nodi connessi ai matrimoni misti, alla filiazione, al divorzio, alle successioni a causa di morte, ai rapporti obbligatori; nodi che tanto più preoccupano in quanto la dimensione economica dell'Europa unita, ormai solidamente strutturata, resta ancora in gran parte priva di uno statuto giuridico, e le soluzioni di specifica competenza del giurista finiscono per essere delegate in pianta stabile – con esiti altrettanto facilmente intuibili – a chi giurista non è.

Si tratta – mette conto precisarlo – di un problema assai complesso, sul quale il dibattito, sempre attuale, assume talora toni accesi per le radicate persuasioni scientifiche coinvolte, e che quindi, riassunto in poche righe, rischia di uscirne banalizzato.

Basti qui dire, facendo leva sul poco che si è anticipato, che comunque si intenda risolvere questo problema – un diritto comune positivo (magari settoriale) creato *ex novo*? una rivalutazione del diritto comune di matrice romanistica e canonistica che segnò il condiviso retroscena giuridico dell'Europa nel tardo medioevo e nell'età moderna? il recupero di una comune scienza giuridica (e questa, tracciata dal Cannata, è forse la più affidante strada da percorrere)? –, il diritto romano, grande radice dell'esperienza giuridica continentale, costituisce a tale fine un sicuro punto

di riferimento, in grado comunque di mettere allo scoperto quel “filo rosso” che segna il minimo comune denominatore sotteso a ogni tentativo unificante.

E così, ci sentiamo di concludere, quell'Europa che senza il diritto romano non presenterebbe certo i connotati che le conosciamo, dal diritto romano può ancora ricevere un significativo contributo alla propria fisionomia civile.

2. Il “diritto romano”

Oggetto della trattazione sono le nozioni fondamentali, relative agli interessi dei privati, nell'ordinamento giuridico storicamente identificato come “diritto romano”.

Diremo anzitutto della nozione di diritto, dello studio istituzionale, dei confini temporali della materia.

[nozione del diritto] La definizione di diritto è problematica, e comunque oggetto di specifiche discipline, che indagano sui caratteri della norma giuridica, su ciò che la distingue da altre regole di condotta, sul suo rapporto con l'organizzazione statale.

La difficoltà di una definizione sta nella ovvia relatività del concetto: il diritto è come lo si intende. Potrebbe essere anche messa in discussione la sua autonomia, perlomeno nei termini abituali alla nostra esperienza.

L'autonomia del diritto non è di tutte le epoche e di tutte le culture. È del mondo occidentale, e della sua struttura economica, la necessità di un “diritto calcolabile” (Weber). E a questa gli schemi del diritto romano hanno offerto il paradigma. Diversamente in altre culture il fenomeno giuridico si svolge all'interno di una esperienza religiosa od etica. Nel mondo ebraico il diritto nell'interpretazione rabbinica è inscindibile dalla storia e dalla teologia. Nell'Islam lo si vive come uno degli aspetti dell'esperienza religiosa. Nell'induismo il diritto è compreso nel *dharmā*, la “parte” assegnata ad ogni persona, con le sue facoltà e obblighi, in cui si fondano parimenti nozioni come religione, dovere e giustizia.

[la definizione di Celso] I romani, che pure hanno introdotto l'autonomia del sapere giuridico, non elaborarono teorie astratte intorno al diritto. L'unica definizione, conservata nel Digesto (1.1.1 pr.), risale al giurista Celso (II secolo d.C.). Per essa il diritto (*ius*) è la tecnica del buono e del giusto (*ars boni et aequi*).

Da questa brevissima formula si può desumere quale sia lo scopo e lo strumento operativo del diritto.

Lo scopo è il raggiungimento del buono e del giusto, che significa ricercare l'uguaglianza di trattamento senza rinunciare a strumenti flessibili di adeguamento per la miglior soluzione del caso concreto.

Lo strumento è la tecnica (*ars*) del giurista, il complesso di conoscenze a lui peculiari al fine di creare, interpretare e applicare il diritto. Proprio questa tecnica perfezionata rappresenta un dato unico dell'esperienza romana, che ha permesso al diritto di affermarsi come sapere autonomo, prerogativa di una classe qualificata di esperti (i giureconsulti: *iuris consulti*, *iuris prudentes*).

[**ius:**] A “diritto” corrisponde in latino il termine “*ius*” (il vocabolo italiano deriva dal medievale “*directum*”).

Una etimologia di *ius* è offerta dal giurista Ulpiano (D. 1.1.1 pr.) che lo fa derivare da *iustitia*. Le spiegazioni etimologiche degli antichi, in molti casi inesatte, non sono mosse da rigore filologico, ma da fini illustrativi. Sotto questo profilo l'accostamento di Ulpiano è uno dei tanti esempi della tensione, talora enfatica talora sincera, del diritto verso l'etica, già presente nella definizione di Celso.

[**diritto oggettivo e soggettivo**] *Ius*, come il corrispondente vocabolo italiano, indica tanto il diritto oggettivo, cioè l'insieme delle norme vigenti, quanto il diritto soggettivo, vale a dire la facoltà accordata da una norma del diritto oggettivo di esigere una condotta da altri. In alcune lingue i concetti sono espressi da vocaboli diversi (ad esempio nella lingua inglese *law* e *right*).

[**vincolo**] *Ius* appare ancora in senso di vincolo (ad esempio, di parentela o di affinità). Al plurale indica l'ordinamento e in una certa epoca gli scritti dei giureconsulti (*iura*).

[**procedimento.**] Un non meno importante significato è quello di “rito”, “procedimento”, cui si collega l'ulteriore accezione di *ius* come luogo dove si amministra la giustizia (ad esempio nella *in iure cessio* [cap. V § 8]). È anzi possibile che il valore processuale di *ius* abbia preceduto quello sostanziale, potendosi individuare una evoluzione per cui *ius*, dapprima significante il rituale del procedimento, abbia poi indicato il luogo in cui esso si svolgeva (tribunale), e solo successivamente le norme sostanziali di diritto, che in quel luogo trovava soddisfazione.

Vedremo, in conclusione di capitolo (§ 8), le classificazioni del diritto più rilevanti ai nostri fini, a cominciare da quella, che orienta la nostra indagine, tra diritto pubblico e diritto privato.

[**lo studio istituzionale**] Lo studio del diritto può essere diversamente graduato.

In apertura delle sue *Institutiones*, l'imperatore Giustiniano afferma che nello studio del diritto (ma il discorso vale per ogni disciplina) l'allievo è destinato alla desistenza o all'eccessiva fatica qualora la materia non venga esposta inizialmente in forma piana e semplice (I. 1.1.2).

esigenze didattiche hanno spinto i romani, sulle orme dei greci, che per l'informazione scientifica elementare utilizzavano *téchnai* ed *encheirídia*, alla redazione di manuali istituzionali (da *institùere*: iniziare a una disciplina). Oltre che in materia giuridica, ne incontriamo in altri settori.

Così M. Fabio Quintiliano (I secolo d.C.) condensa le sue esperienze di insegnamento per i giovani votati alla carriera dell'oratore nei 12 libri di *Institutiones Oratoriae*; e Cecilio Firmiano Lattanzio (III-IV secolo d.C.), dopo la conversione, espone i fondamenti della dottrina cristiana nelle *Divinae Institutiones*.

Particolarmente ricca fu la fioritura di testi istituzionali in materia giuridica, funzionali ad un aspetto dell'attività dei giuristi romani, vale a dire l'insegnamento.

Vari giuristi scrissero manuali e trattazioni elementari: così autori di Istituzioni furono Gaio (redattore di fortunate *Institutiones* che furono poi di modello alla citata opera di Giustiniano), Callistrato, Fiorentino, Paolo, Ulpiano, Marciano. Altri scrissero libri di regole, manuali, definizioni, da cui traspare un intento di avviamento

allo studio elementare.

[oggetto delle Istituzioni] Attualmente, nell'ambito delle materie “storiche”, le Istituzioni di diritto romano enunciano i principi fondamentali del diritto privato (§ 8). La differenza con la Storia del diritto romano è data dall'oggetto, che nella Storia è il diritto pubblico.

Anche se non traspare dall'etichetta, le Istituzioni sono una materia storica, a prescindere dal tasso dogmatico della trattazione, giacché il diritto romano non è più un diritto positivo.

Analogamente tuttavia ripropongono quale oggetto di studio, come nell'impostazione civilistica, i grandi settori del diritto privato: persone e famiglia, diritti reali, successioni, obbligazioni.

A questi il diritto romano aggiunge, come inscindibile, il diritto processuale. Questo non è solo strumento per la realizzazione del diritto soggettivo, ma è condizione per la sua stessa esistenza. Un diritto senza azione corrispondente è impensabile. Non è altro l'azione, dice il giurista Celso, che il diritto di ottenere in giudizio quanto è dovuto (vedi cap. III § 1); il diritto soggettivo in tanto esiste, in quanto possa contare su un idoneo strumento processuale.

Va aggiunto che la compenetrazione tra elemento sostanziale e processuale è dovuta al fatto che l'organo giurisdizionale per eccellenza, il pretore, raggiunge fini sostanziali attraverso l'utilizzazione di mezzi processuali, creando, proprio nel momento dell'amministrazione della giustizia, una inscindibile corrispondenza.

[arco temporale] Il carattere storico della materia trattata richiede la fissazione dei limiti cronologici.

Il diritto si identifica primariamente con la storia giuridica di una entità politica, ma la sua sopravvivenza ad essa carica il termine di ulteriori significati. Ne consegue che se è ben identificabile il momento iniziale dell'esperienza giuridica “romana”, non altrettanto lo è quello della sua conclusione.

[inizio] Per quanto riguarda il primo punto, è evidente che di diritto romano non si può parlare avanti l'esistenza dell'entità politica Roma (la data convenzionale è il 754-753 a.C.). La metà dell'VIII secolo a.C. e periodi limitrofi non riservano però molto allo storico del diritto.

[conclusione:] Se origine di Roma e inizio dell'esperienza giuridica romana devono teoricamente coincidere, più complessa, per le ragioni esposte, è la determinazione del momento della conclusione.

[con la fine di un'entità politica?] Per questo potrebbe essere proposta, analogamente, una data “politica”: quella della caduta dell'impero romano.

Puramente convenzionale, e irrilevante per il diritto, viene fissata per l'impero romano d'Occidente nel 476 d.C., anno in cui, deposto Romolo Augustolo, Odoacre dichiarò di governare in nome dell'imperatore d'Oriente, dove l'impero romano sopravvive, seppur faticosamente, per quasi un millennio. Solo alle soglie dell'Età moderna (1453), l'invasione turca cancella la civiltà bizantina, erede, in quel contesto, della romanità.

Il diritto che là per secoli si utilizza è tuttavia un diritto che, pur sulla base di quello romano, si è sviluppato con caratteri peculiari, volgarizzato nella lingua d'O-

riente, il greco, e ormai lontano dall'evoluzione europea.

L'idea dell'impero romano rinasce tuttavia nell'Europa del medioevo. Il Sacro Romano Impero, che incarna il mito dell'impero romano e sopravvive fino al 1806 e non rinnega gli strumenti offerti dal diritto romano, è però ormai in una realtà diversa e inconfondibile.

L'impraticabilità delle consuete date politiche di scansione potrebbe portarci al tentativo di identificare il termine di sopravvivenza del diritto romano con la sua vigenza o addirittura con la sua persistenza come condizionante sostrato giuridico.

In Oriente il diritto romano, seppure nella forma romano-bizantina, accompagna la vita dell'impero e sopravvive alla dominazione turca. Fino al 1941 vige in Grecia il *Manuale* di Costantino Armenopulo, che rappresenta di quel diritto l'estrema semplificazione.

In Occidente i barbari conquistatori utilizzano, quantomeno per i sudditi romani, leggi romane. La conoscenza delle norme giustinianee, mai perduta interamente durante l'alto Medioevo, rifiorisce a Bologna, con Irnerio e i Glossatori, e offre all'Europa una comune base giuridica. Dal lavoro sulle fonti romanistiche scaturiscono le esperienze codificatorie contemporanee, dal *Code Napoléon* fino al codice del 1942. Le norme romane furono diritto vigente in Germania fino al 1900 e continuano a vivere, seppur marginalmente, in ordinamenti contemporanei.

Il diritto romano non è mai stato definitivamente rinnegato, ma è sempre sopravvissuto in forma varia, in accordo coi tempi. Tuttavia il suo innegabile processo di storicizzazione, e la necessità di differenziarlo rispetto ad altri settori di discipline storico-giuridiche, impongono ovviamente una data convenzionale.

[con la morte di Giustiniano] Nessuna è più carica di significato di quella della morte dell'imperatore d'Oriente Giustiniano, il 565 d.C.

Egli riprese e rielaborò precedenti esperienze di secoli e le consegnò, in forme autoritative e concluse, ai posteri. Rielaborare, rivivere, studiare il diritto romano ha significato, per gli uomini delle età successive fino ai contemporanei, riprendere in modo determinante se non quasi esclusivo (almeno fino alla scoperta delle Istituzioni di Gaio) il lascito di quell'imperatore.

Il diritto romano si è per secoli identificato con l'opera legislativa di Giustiniano: il *Corpus Juris Civilis*, come a partire da Gotofredo (secolo XVI) fu definitivamente chiamato.

[divisione in periodi:] Le vicende del diritto romano coprono così, dalla metà dell'VIII secolo a.C. alla morte di Giustiniano (565 d.C.), un arco di ben tredici secoli. Anche se i mutamenti del mondo antico avvengono secondo ritmi ben diversi dai nostri, a chiunque non sfugge la complessità e varietà di situazioni che si prospettano. Di rilievo anche la diseguale distribuzione delle testimonianze di quel passato, che ne permettono la ricostruzione.

Nell'arco di tanti secoli tutto muta in varia misura: dall'economia alle forme costituzionali, dai confini alle idee.

Si operano così in dottrina divisioni per periodi, scandendoli tramite date di grande significato. Ne possono essere proposte varie, ugualmente valide, purché però le si consideri puramente strumentali.

Assai seguita è la partizione condotta sulla base di cinque periodi: arcaico, pre-classico, classico, postclassico, giustiniano.

[arcaico] Il periodo arcaico andrebbe dagli inizi alle Leggi Licinie Sestie del 367 a.C. (di grande importanza costituzionale: creano tra l'altro un organo autonomo, la pretura, per l'amministrazione della giustizia) o al più tardi alla metà del III secolo a.C. (il 242 è data di istituzione del *praetor peregrinus* [§ 3]).

[preclassico] Il periodo preclassico va fino al sostanziale mutamento costituzionale (dalla repubblica al principato) instaurato da Augusto (27 a.C.).

[classico] Il periodo classico va da Augusto sino alla fine della dinastia dei Severi (235 d.C.) ovvero al termine dell'anarchia militare, quando l'ascesa di Diocleziano (284 d.C.) impone un nuovo mutamento costituzionale.

[postclassico giustiniano.] Infine il periodo postclassico indica tutto l'arco residuo. Da questo però si isola l'epoca giustiniana (dal 527 al 565 d.C.) per la caratterizzazione dovuta al peculiare ruolo svolto dall'imperatore Giustiniano come legislatore.

[flash sui vari periodi] Lo Stato arcaico, in cui si attua il mutamento costituzionale da monarchia a repubblica, si fonda su un'economia rurale, povera di mezzi e assistita da pochi strumenti giuridici. Il diritto si fonda dapprima sulle usanze (*mores*), garantite dall'interpretazione della classe sacerdotale. Nella scarsità delle fonti, un dato di grande rilievo per la storia del diritto di Roma: la legge delle XII tavole.

Nel periodo preclassico si ha il perfezionamento e poi la crisi delle istituzioni repubblicane. Roma ha l'egemonia del Mediterraneo, il mare dei tre continenti. L'economia dei traffici e dei commerci accoglie nuovi istituti giuridici. L'interpretazione del diritto si laicizza ed ha grande sviluppo. L'attività giurisdizionale del pretore permette il superamento dei limiti posti dal formalismo e dalle ristrettezze dell'antico *ius civile*.

Il periodo classico si apre con la silente rivoluzione di Augusto, che pur rispettando formalmente le istituzioni repubblicane pone le basi per l'affermarsi di un nuovo organo, il *princeps* ("primo", da cui principato), in cui si incentra la direzione dello Stato. Roma è ormai potenza mondiale, identificabile dall'"assenza di ogni serio rivale alle frontiere" (Grant).

Nell'impero emerge il principe come creatore di diritto: i giuristi elaborano in termini compiuti e conclusivi la scienza giuridica. Nella parte centrale del II d.C. vive Gaio, l'autore delle *Institutiones*, l'unico risultato di quell'attività a noi integralmente pervenuto.

Alla fine del periodo, l'universalità di Roma si esprime tramite la concessione da parte di Antonino Caracalla, con l'Editto che porta il suo nome ovvero *Constitutio Antoniniana* (212 d.C.), della cittadinanza a tutti, o quasi gli abitanti dell'impero.

Nel mondo postclassico dalle crisi politiche ed economiche si origina l'indebolimento dell'impero, mentre la visione del mondo muta col cristianesimo: legittimato da Costantino (313 d.C.), trionfa con Teodosio I (380 d.C.). L'imperatore diviene monarca assoluto, non è *princeps* ma *dominus* (da cui dominato) ed accentra in sé il potere normativo. Si spezza definitivamente l'unità dell'impero (395 d.C.), preludio alla fine dell'impero d'Occidente (476 d.C.). La tendenza alla codificazione interpretata, sul piano normativo, la resistenza alla dissoluzione. In Oriente l'imperatore Giu-

stiniano, regnante dal 527 al 565 d.C., lascia ai posteri il *Corpus Iuris Civilis*.

3. Le fonti. Costumi e leggi

[fonti di produzione] All'inizio delle Istituzioni (1.2), Gaio (II secolo d.C.) enuncia che l'ordinamento giuridico romano deriva da leggi, plebisciti, senatoconsulti, costituzioni dei principi, editti dei magistrati, responsi dei giuristi, fornendoci, secondo la nostra terminologia, l'elenco delle “fonti di produzione”.

Per fonti di produzione si intendono quei meccanismi che pongono in essere la norma, laddove con l'espressione “fonti di cognizione” si indicano i mezzi che permettono di venirne a conoscenza.

Di importanza soprattutto teorica nel nostro sistema (nella legge, che tende a identificarsi con l'ordinamento, si realizza insieme il carattere di fonte di produzione e di cognizione), la distinzione è di grande rilievo per il mondo antico. La conoscenza della norma è infatti dovuta a tutti i mezzi che, attraverso i secoli, portano qualche elemento per una ricostruzione di quel diritto (opere di giuristi e codici, ma anche citazioni di letterati, iscrizioni, papiri, ecc.).

Riservandoci di richiamare a suo logo le fonti di cognizione in quanto mezzo per la ricostruzione istituzionale del diritto romano (in primo luogo le Istituzioni di Gaio e il *Corpus Iuris*), dobbiamo anzitutto delineare i caratteri e l'evoluzione delle fonti di produzione.

[il diritto consuetudinario] L'esperienza romana delle origini ha carattere consuetudinario. Si fonda sui *mores*, le usanze, comportamenti che i membri della comunità cittadina tengono da tempo immemorabile riguardo alla sfera giuridica. La convinzione della necessità dell'ossequio a queste regole si appoggia sulla tradizione, sul fatto che gli avi le seguivano. Sono principi connaturati alla *civitas*, un “ordinamento già dato” (Talamanca), che non trae, diversamente da altri ordinamenti, direttamente la sua origine da regole religiose.

Quello dei *mores* è un ordinamento non scritto, consuetudinario, laddove la legge si identificherà con la norma scritta. Non necessariamente questa è in condizione di preminenza. Nel più antico diritto (*ius civile*), *mores* e *leges* coesistono su un piano paritario, e la giustificazione dello scritto non si basa su una sua supposta superiorità, ma sulla più valida certezza che questo rappresenta per le classi che hanno ottenuto con lunghe lotte i cambiamenti nelle leggi sanciti.

A distanza di secoli il rapporto tra legge e consuetudine muterà. Nel mondo post-classico si afferma una mentalità che identificando il diritto con la legge (dietro cui c'è l'autorità assoluta dell'imperatore) vede nella forma necessariamente scritta della legge la suprema manifestazione legislativa.

In un mondo che ha emarginato l'oralità e in cui domina la volontà di un monarca assoluto, la norma consuetudinaria, ancorché viva, appare in secondo piano (vedi I. 1.2.9: *legem imitantur*, “imitano la legge”). Così Costantino l'ammette in via sussidiaria, quando non sopraffaccia la ragione o la legge; la norma è accolta da Giustino in C. 8.52(53).2.

Con questo imperatore le “leggi” (nel senso di norme) sono scritte o non scritte (I. 1.2.3), ma il rapporto è tra loro mutato, e la norma consuetudinaria è, almeno quantitativamente, marginale. Appare ora chiaramente definita, acquisita consapevolmente all'ordinamento, scomposta nei suoi due elementi: quello oggettivo, il comportamento giuridicamente rilevante protratto nel tempo, e quello soggettivo, la convinzione di ottemperare, così facendo, a una regola di diritto.

[la legge] La legge si introduce nel mondo fermo degli antichi *mores* come strumento dell'adeguamento. Le sue emersioni più antiche sono prettamente politiche, determinate dal bisogno di “parità” della classe plebea.

Essa tocca di preferenza il diritto pubblico, come l'assetto costituzionale della *civitas*, la funzione delle magistrature, la repressione criminale. Rare le leggi che interessano il diritto privato (si ritiene che non più di una trentina, per tutto il periodo repubblicano, siano state le leggi interessanti il settore privatistico e il diritto processuale), tendenzialmente concentrate per periodi e per materie.

Legge (*lex publica*) è la statuizione approvata dal popolo riunito nei comizi su proposta di un magistrato avente la facoltà di convocare l'assemblea (*lex rogata*); talora anche direttamente emanata da lui su delega (*lex data*).

Le leggi sono perfette (*perfectae*) se, vietando di fare qualcosa, annullano l'atto ad esse contrario; meno che perfette (*minus quam perfectae*) se, per la trasgressione al divieto, non annullano l'atto ma infliggono una pena; imperfette (*imperfectae*) se non annullano né puniscono.

[il plebiscito] Formalmente distinto dalla legge è il plebiscito, vale a dire la deliberazione della plebe, convocata in assemblea (*concilium plebis*), su proposta del tribuno.

La distinzione tra legge e plebiscito esaurisce in pratica la sua rilevanza successivamente alla *lex Hortensia* del 286 a.C. Da questa data infatti, le deliberazioni della plebe vincolano tutto il popolo e non solo i plebei, come in precedenza.

A ricordare la natura di un provvedimento sta di regola la sua denominazione: i due nomi indicano una legge, presentata insieme dai due consoli; un nome segnala un plebiscito, su proposta del tribuno. Nella pratica tuttavia il termine *lex* servì e serve per indicare l'una e l'altro indifferentemente.

[la legge delle XII tavole] In posizione affatto singolare è la legge delle XII tavole, che segna l'inserimento della legislazione scritta nell'ordinamento.

Con *lex XII tabularum* non si indica una sola norma ma un complesso di disposizioni di vario contenuto, in certo modo un codice di leggi, se vogliamo assumere questo termine nel significato di *corpus* legislativo e non in quello di raccolta organica e sistematica.

Nonostante gli appunti della critica ai racconti della tradizione, sembrano degne di fede le notizie relative alla data e alle circostanze dell'emanazione. Su iniziativa dei plebei, interessati a una legislazione scritta e riformatrice, furono inviati ambasciatori in Grecia per studiarne le leggi (e l'influenza ellenica pare dimostrata). In seguito, sospese le ordinarie magistrature, venne istituito un collegio di dieci membri (decemvirato), alla cui attività seguì poi, dopo varie peripezie, l'emanazione della legge (449 a.C.).

La *lex* fu sempre costantemente punto di riferimento, e non solo per i giuristi. Al di là di ogni iperbole o strumentalizzazione successiva, le XII tavole rappresentano “il primo punto fermo nella storia del diritto romano” (Kunkel) e ancora all'epoca di Giustiniano qualcosa di esse vive nel sistema.

Il testo originario delle XII tavole non ci è pervenuto. Tuttavia la rilevanza della legge determinò non solo giuristi ma anche autori di letteratura, filosofia, antiquaria, ecc., a inserire nelle loro opere frequenti citazioni.

In base a queste testimonianze, i moderni ne hanno variamente tentato la ricostruzione¹. Il contenuto dovrebbe in complesso esser vicino all'originale, anche se non precisabile con certezza è il tenore di ogni singola tavola e le sequenze dei materiali al suo interno. Esse non trattano, e del resto ogni delimitazione è storicamente improponibile, del solo diritto privato, ma di varie specie di rapporti interessanti la *civitas*.

[l'interpretazione del *ius civile*] Il termine polisemantico di *ius civile* si addice in primo luogo al complesso normativo risultante dagli antichi *mores*, consegnati all'oralità, e dalle disposizioni, recettive o innovative, della legge delle XII tavole.

Questo diritto, formalistico e oscuro, ha i suoi custodi nei pontefici, uno dei collegi componenti la classe sacerdotale.

A loro bisogna ricorrere se si vuole sfuggire ai pericoli di un formalismo che riveste ogni atto giuridico. Loro è il potere di interpretare, che l'appartenenza al ceto patrizio indirizza necessariamente in senso conservatore.

La naturale tendenza arcaica all'interpretazione letterale e l'indirizzo conservatore dei depositari della tecnica giuridica non favoriscono certamente un'evoluzione, che deve attendere la laicizzazione della giurisprudenza (§ 5). Tuttavia può riscontrarsi anche una interpretazione di tipo creativo, in grado di porre in essere istituti nuovi, come nel caso della emancipazione (cap. II § 6).

4. Il sistema pretorio

[i pretori] Il 367 a.C. è data importante per l'evoluzione del diritto romano. Viene creata un'apposita magistratura, la pretura, con il compito di amministrare la giustizia tra cittadini romani. A questo *praetor urbanus* farà seguito più tardi, nel 242 a.C., un *praetor peregrinus*, avente il compito di amministrare la giustizia tra stranieri e tra cittadini romani e stranieri. Il pretore non è giudice, non emettendo sentenze, non è legislatore, non potendo formalmente far leggi né abrogarle; rappresenta però un passaggio obbligato sulla via della realizzazione delle attese giuridiche.

[l'editto] Il pretore emana un programma: l'“*edictum*”, all'inizio della sua carica annuale. L'editto, prima orale (*edictum da dicere*), poi scritto, annuncia quali indirizzi egli seguirà nell'esercizio della sua giurisdizione. Particolari esigenze possono poi condurre all'emanazione di un editto in corso d'anno (*edictum repentinum*) o ad interventi di concessione o diniego di tutela in rapporto a singole circostanze (*decreta*).

1 Qui seguita quella in *FIRA I*, pp. 21 ss.

Il magistrato, che pure incarna l'aspetto innovativo del sistema, è tendenzialmente conservativo verso l'opera dei predecessori: i pretori infatti si orientano a riprodurre l'editto che abbia fatto buona prova, creando un insieme (*edictum tralatium*) destinato ad essere riprodotto tendenzialmente immutato.

Nel 130 d.C., secondo la tradizione, il giureconsulto Salvio Giuliano, estintasi sotto il principato l'attività creatrice del pretore, diede all'editto la sua forma definitiva: *edictum perpetuum* (cioè stabile: in un senso diverso da quello assunto anticamente, quando *perpetuum* stava a indicare la sua vigenza per tutto il periodo di carica dell'emanante).

[Il pretore di fronte al diritto civile...] Al termine dell'evoluzione storica, le fonti (Papiniano D. 1.1.7.1; vedi anche Gai. 3.25) affermano che il diritto pretorio fu introdotto per confermare, integrare, correggere il *ius civile*. Esiste una funzione “sussidiaria” rispetto al diritto civile (il restante ordinamento), ovviamente implicata nella formazione giusdicente. Ma si riconosce al pretore anche la facoltà di correggere, vale a dire di modificare, il che non è in contrasto con la affermata incapacità del pretore di porsi come diretto abrogatore del sistema normativo dato.

Egli infatti, in linea con la sua collocazione “costituzionale” e le proprie attribuzioni, si avvale di meccanismi indiretti, che non toccano altre prerogative, né mettono formalmente in discussione la supremazia della norma civilistica.

[...e al sistema processuale] Questa possibilità di modifica del sistema attraverso la pratica e il quotidiano esercizio dell'ufficio è dovuta innanzitutto alla posizione centrale che il magistrato assume nelle vicende processuali.

A ben vedere, all'inizio della sua attività, nel IV secolo a.C., i poteri del pretore si scontrano con un sistema processuale pressoché impermeabile alle modifiche. Vige infatti, come ci racconta Gaio (4.10 ss.), il sistema delle *legis actiones* (cap. III § 2 ss.).

Il sistema delle “azioni di legge” è caratterizzato da un rigido formalismo, che limita ogni eventuale tendenza all'innovazione.

Proprio allo spietato formalismo Gaio (4.30) attribuisce la ragione del decadere del processo *per legis actiones*, cui decisamente si affianca, a metà del II secolo a.C., il processo formulare, poi praticamente forma esclusiva a partire da Augusto, anche se, a determinare la crisi dell'antica forma processuale, furono verosimilmente gli eventi che portarono all'affiancamento al *praetor urbanus* del *praetor peregrinus*.

A quest'epoca Roma sta attuando la trasformazione da potenza locale a Stato mediterraneo. L'Urbe accoglie molti stranieri che negoziano tra loro e con i romani.

Le azioni di legge, inaccessibili ai peregrini, sono impraticabili. Nasce allora il processo *per formulas*, poi esteso alle controversie tra romani, che ripropone la divisione in due fasi dell'antico processo ma che ne ripudia il formalismo e offre al magistrato possibilità ignote a quel procedimento (cap. III § 5).

Nel processo *per formulas* il pretore, sentite le richieste dell'attore e le controaffermazioni del convenuto, fissa i termini della controversia in uno schema verbale, la formula. Fissati così i termini della lite con la *litis contestatio*, che chiude la fase *in iure* (davanti al magistrato), si apre la fase *apud iudicem* (davanti al giudice), un privato scelto dalle parti, che sulla base delle prove addotte, condannerà o assolverà secondo il suo parere (*sententia*).

[conseguenze innovative] Gli ampi margini di manovra sulla formula accrescono considerevolmente i poteri del pretore. Egli non solo può, avvalendosi delle sue facoltà, concedere o meno l'azione, ma può anche estendere la tutela a situazioni di fatto che il *ius civile* non prevedeva (azioni *in factum*), legittimando, con l'accordarle tutela, una figura negoziale, così come può bloccare una pretesa dell'attore dando rilievo in via di eccezione a un fatto in precedenza non riguardato dall'ordinamento.

Nel primo caso si creano figure nuove. Nell'ipotesi del deposito la tutela pretoria operò sulla base del dato di fatto che altrimenti non avrebbe avuto rilevanza, facendolo divenire un obbligo giuridico (Gai. 4.47).

Nel secondo caso il meccanismo dell'eccezione consente di valorizzare determinati comportamenti, secondo esigenze inesprese nell'antico diritto. Possono essere così fatti valere i vizi della volontà (errore, violenza, dolo) irrilevanti in precedenza ma che ora consentono di bloccare le pretese dell'attore, vanificando di conseguenza anche il rapporto viziato sottostante.

Il pretore si conforma alla realtà fattuale anche attraverso il ricorso all'analogia (azioni utili, adattate a situazioni simili a quelle per cui furono originariamente costituite), oltreché alle già vendute azioni *in factum*. Egli adegua così, con i suoi mezzi, il diritto alla realtà sociale che muta, al più basso livello di formalismo.

Attraverso il pretore (peregrino) si recepiscono a Roma figure nuove, derivate dalla prassi commerciale, mentre i rapporti deformalizzati determinano la esigenza e il rilievo della buona fede.

Facendosi interprete dei tempi, il pretore si rivolge alla tutela di situazioni sfavorevoli, per il mancato adeguamento a solennità o regole non più sentite da una società in evoluzione.

Di esigenze non contemplate dall'antico sistema si fa ad esempio interprete il pretore nel campo del diritto ereditario. L'indifferenza verso i figli emancipati, l'eccessivo rigore formale nella confezione del testamento, l'irrilevanza del vincolo di parentela in linea femminile, sono ora rifiutati dalla società romana.

Questo implica un nuovo ordine successorio. Tuttavia il pretore non può operare modificando il sistema civilistico, il che può essere solo della *lex* o degli atti di normazione che "sono in luogo di legge" (*legis vicem obtinent*), non può intervenire sulla nozione di erede, ma può creare situazioni analoghe e difenderle.

Ecco allora la *bonorum possessio*, attribuzione dei beni ereditari a vari fini, talora a favore dello stesso erede per diritto civile, talora a favore di altri (cap. VII § 3).

La situazione derivante dalla *bonorum possessio* consente l'utilizzazione di tutti gli strumenti a tutela del possesso e, col decorso del tempo, l'acquisto, per usucapione, della proprietà quiritaria.

Naturalmente questa duplicità di sistemi (diritto civile, diritto pretorio) non può sempre proporsi senza urti o frizioni. Se talora il meccanismo pretorio avvolge come una ragnatela i principi civilistici inglobandoli senza contrasti, altra volta si crea una situazione conflittuale che, per restare nel campo del diritto ereditario, vede contrapposti un *bonorum possessor* e un erede: l'uno protetto dal meccanismo pretorio, l'altro legittimato dalla norma civilistica, che in partenza prevale.

Tuttavia, anche quando la prevalenza del diritto pretorio non si realizza immediatamente, l'intervento del magistrato è il segno di un disagio che si tradurrà poi in norme formalmente legislative o ad esse equiparate (senatoconsulti, costituzioni imperiali).

[cristallizzazione dell'Editto] La redazione definitiva dell'Editto (*edictum perpetuum* nella nuova accezione), che si compie sotto Adriano, è l'atto che chiude anche formalmente una involuzione iniziata già da tempo, con il mutamento delle strutture costituzionali e il conseguente ridimensionamento del ruolo del pretore. Del resto, ormai ogni attività normativa va, direttamente o indirettamente, ricondotta al *princeps* e così anche l'Editto perpetuo.

Tuttavia il “diritto pretorio” manterrà la sua identità. Nelle Istituzioni di Giustino le regole di diritto onorario, in forza della loro diversa origine storica, sono ancora tenute distinte dai principi civilistici. Non estraneo a questo perdurare della dicotomia diritto civile-diritto pretorio così al di là della sua reale sopravvivenza storica fu l'influsso della giurisprudenza classica, sostanza del Digesto, che su quella partizione aveva impostato molto della propria scienza.

5. Le norme dell'impero

[il nuovo assetto costituzionale] Con Augusto si realizza il passaggio dalla repubblica al principato. In modo prudente e ispirato il primo imperatore svuota dall'interno, sotto l'apparenza della restaurazione, le strutture costituzionali repubblicane per realizzare la preminenza di uno (il *princeps*).

Ovviamente il mutamento costituzionale si riflette sulle fonti di produzione del diritto: saranno così destinati ad esaurirsi i modi legati all'assetto precedente: *leges publicae* ed *edicta* dei magistrati. Prenderà corpo il potere normativo del senato, peraltro sotto il controllo dell'imperatore; mentre la volontà di questi si manifesterà direttamente attraverso le *constitutiones*.

Rispetto al precedente sistema la continuità viene dalla giurisprudenza che, seppur condizionata, prosegue nella sua opera volta all'elaborazione scientifica e alla soluzione del caso pratico, che è, come vedremo, fonte di diritto.

[ultravalenza della *lex*] Prima di scomparire come fonte viva, la legge ha, sotto Augusto, un momento di intensa reviviscenza. Servendosi dello strumento comiziale, il *princeps* realizza, al solito, la propria volontà riformatrice nel massimo rispetto degli strumenti preesistenti. Ecco allora ad esempio le *leges Iuliae*, che innovano profondamente in vari settori.

In seguito, dopo l'intensa stagione augustea, il ricorso alla *lex* si attenua e scompare. L'ultima legge, in materia agraria, è emanata sotto Nerva (96 d.C. circa).

[i senatoconsulti] Il principato vede l'affermarsi di un potere normativo del senato. Questo organo fu per lungo tempo estraneo all'esercizio di quella funzione legislativa che le sue caratteristiche potrebbero istintivamente suggerire a chi rifletta sulla funzione di un'assemblea negli attuali sistemi politici.

Tra le attribuzioni senatorie vi è quella di fornire ai magistrati direttive politiche in forma di consiglio (*senatus consulta*). Formalmente non vincolante, esso costitui-

sce un forte strumento di pressione.

Il passaggio del senatoconsulto da parere preventivo dato al magistrato sulla proposta di legge ad atto di normazione diretto si attua verosimilmente coll'avvento del principato, dovendosi, in un primo periodo, riscontrare ancora un meccanismo indiretto per cui la volontà di normazione del senato si attua tramite il diritto onorario.

Le incertezze sull'affermazione di un autonomo potere normativo del senato sembrano riflettersi sul testo delle Istituzioni di Gaio (circa metà II secolo d.C.) per cui il senatoconsulto tiene luogo di legge, benché se ne sia discusso (Gai. 1.4).

I termini di questa discussione ci sfuggono; significativamente tuttavia, svariati decenni più tardi, nel giurista Ulpiano (D. 1.3.9) ogni eco di quella problematica è spenta: *non ambigitur senatum ius facere posse* (“non si dubita che il senato possa fare diritto”).

All'indiscussa qualificazione del senatoconsulto come fonte normativa corrisponde, in progresso di tempo, uno svuotamento del ruolo dell'organo protagonista.

[(l'*oratio principis*)] Già nel I secolo d.C. la delibera del senato appare preceduta da una proposta imperiale, manifestata, di persona o tramite altri, dal *princeps* davanti all'assemblea. Questa *oratio principis* diviene, per effetto della evoluzione del sistema in senso monocratico e autoritario e la conseguente perdita di autorità del senato, il vero oggetto sostanziale della delibera onde sovente all'*oratio principis* e non al provvedimento formale (senatoconsulto) fanno riferimento gli stessi giuristi.² All'epoca di Giustiniano il senatoconsulto, ancora ricordato tra le fonti del diritto (I. 1.2.5) è, al pari dell'*edictum* magistratuale, fonte che appartiene alla storia.

[le costituzioni imperiali:] La volontà normativa del *princeps*, vero padrone dello Stato, si attua mediante le *constitutiones*, termine introdotto per indicare globalmente, in forza della comune provenienza, atti di diversa forma ed efficacia.

Gaio afferma che non si dubitò mai del valore normativo delle costituzioni (1.5). Il giurista continua collegando il potere normativo imperiale a un *lex de imperio*, certamente riscontrabile all'epoca di Vespasiano, con cui il popolo delega all'imperatore ogni potere (*omne suum imperium et potestatem*: Ulpiano D. 1.4.1 pr.).

Questa tuttavia è una spiegazione formale, che sul piano del “diritto costituzionale” sottolinea una mai negata continuità con le attribuzioni del popolo in materia legislativa, nonché politica, in quanto cela gli aspetti autoritari del sistema dietro un atto formale di delega. Il fondamento del potere normativo imperiale, agli inizi del principato, starebbe nella capacità del *princeps* di porsi al di sopra del sistema, di presentarsi superiore a tutto e a tutti in forza della sua *auctoritas*: *auctoritate omnibus praestiti*, dice di se stesso Augusto nella sua autobiografia politica (*Res gestae* 34).

Nell'*auctoritas*, “fatto carismatico, di origine extracostituzionale, metagiuridica” (Mazza), andrebbe trovata la giustificazione iniziale del principe legislatore, anche se, in rapporto ad atti rivolti a porre norme generali e astratte (editti, mandati), si può concretamente far inizialmente riferimento all'*imperium proconsulare maius et infinitum* (potere illimitato sulle province e sull'esercito, implicate il *ius edicendi*) che già Augusto si era saggiamente procurato insieme alla *tribunicia potestas*.

2 Col dominato l'*oratio* sarà poi, anche formalmente, autonomo atto di normazione imperiale.

Le costituzioni imperiali sono di diversi tipi. Prescindendo dalle *orationes* (*in senatu*, di cui si è detto, e anche *in castris* come il privilegio per i militari in Frag. Vat. 195) si distinguono *edicta*, *mandata*, *decreta*, *rescripta*, *epistulae*.

[editti] Gli editti, fondati sul *ius edicendi*, attributo dell'*imperium*, ripropongono lo schema dell'editto dei magistrati, sia nella struttura del provvedimento che nella modalità di pubblicità (affissione).

Si differenziano tuttavia per ragioni sostanziali. Mentre l'editto del pretore rappresenta un programma, l'indicazione di criteri, cui egli dovrà conformarsi nella giurisdizione, l'editto imperiale impone norme generali e astratte, rivolte immediatamente a tutti i soggetti: magistrati, funzionari, sudditi.

Ulteriormente, l'editto del magistrato vale per la durata della carica di chi lo ha emanato (salva la consuetudine per il successore di recepire quegli orientamenti che abbiano fornito buona prova), mentre l'editto del *princeps*, per il suo carattere di astrattezza e generalità, vale anche per i successori, fino a fatti abrogativi.

Nonostante la loro importanza complessiva, gli *edicta* hanno nel principato un significato piuttosto scarso per il diritto privato.

[mandati] Più rilevanti, per l'ambito privatistico, sono i mandati, istruzioni dell'imperatore ai propri funzionari e ai governatori delle province, in forza dell'*imperium proconsulare*.

Benché Gaio e Giustiniano non le menzionino tra le *constitutiones*, forse per il loro carattere interno, esse, per contenuto ed efficacia, vanno ricomprese tra le costituzioni.

Teoricamente, essendo i mandati destinati al singolo sottordinato, la loro efficacia avrebbe dovuto cessare col venir meno del titolare dell'ufficio, sennonché, dall'uso di conservarli in fascicoli, articolati per le varie categorie di funzionari, nacque una raccolta (*liber mandatorum*) che finì con l'imporsi come un insieme stabile di istruzioni.

[decreti] Il decreto (in senso stretto; talora indica ogni intervento sul caso singolo) è la pronuncia dell'imperatore che opera nella veste di giudice. A lui possono rivolgersi i privati o i magistrati affinché dall'alto della sua posizione di preminenza decida, in primo e unico grado o, come più spesso accade, in appello, su una controversia pendente in sede giudiziale. La sua decisione si può innestare su un procedimento formulare come su un procedimento svolgentesi nella nuova forma *extra ordinem*.

L'imperatore, sollecitato, rende giustizia ai sudditi attraendo così definitivamente il processo nell'orbita pubblica, in forza anche dell'affermarsi della nuova procedura straordinaria caratterizzata dallo svolgimento del processo dall'inizio alla fine davanti a un magistrato di carriera con ampi poteri di tipo inquisitorio (cap. III § 13).

il suo intervento si lega alla caratteristica dell'appellabilità delle sentenze, sconosciuta al processo formulare, connessa al concetto di gerarchia (tra l'imperatore e gli altri giudici, e fra questi).

Il decreto talora si inserisce nella *routine*, limitandosi ad applicare il diritto vigente; altre volte invece deve misurarsi con l'oscurità e l'incertezza delle norme. In

questo caso l'imperatore, decidendo, crea veramente il principio di diritto, che, collegandosi alla sua autorità, verrà pienamente ad assumere valore di legge. Per quanto infatti la decisione valga solo per il caso concreto, la sostanza della pronuncia costituisce, come afferma un retore del II secolo d.C., Frontone (*Epist. Ad M. Caesarem* 1.6.2), un “*exemplum*” da cui gli altri giudici, in forza dell'autorità imperiale, eviteranno di discostarsi, condizionando i giuristi e le ulteriori decisioni imperiali.

[**rescritti ed epistole.**] Il *rescriptum* è la risposta dell'imperatore a quesiti scritti rivolti da privati; l'*epistula* è la risposta a una richiesta proveniente da funzionari o magistrati. A parte il diverso destinatario, il che implica differenze formali, entrambe perseguono lo stesso scopo: risolvere una questione di diritto.

In un caso il funzionario, incerto su un punto di diritto generalmente in ordine a una causa pendente innanzi a lui, richiede un decisivo chiarimento in funzione della decisione; nell'altro i privati invocano, per mettere fine a una controversia, una risposta. Questa viene data sempre in forma condizionale, subordinata alla veridicità dei fatti esposti.

Anche i rescritti, che sono gli esempi più frequenti di *constitutiones*, non estendono la loro immediata efficacia al di là del caso concreto. Tuttavia, al pari dei *decreta*, l'autorità del disponente finisce col dare alle decisioni su casi singoli il valore di precedente cui conformare ogni ulteriore decisione, e quindi valore di legge.

Sotto vari profili, mediante l'emanazione di norme generali ed astratte, l'esercizio della funzione giudiziale, la manifestazione di volontà “normativa” sul caso singolo, l'intervento determinante nel processo di formazione dei senatoconsulti e, come vedremo, il condizionamento dell'attività dei giuristi, il principato poneva in modo decisivo le premesse per quella sostanziale coincidenza tra fonti produttive del diritto e volontà imperiale che si sarebbe compiutamente realizzata durante il dominio.

6. La giurisprudenza

[**nozione**] Giurisprudenza indica la categoria degli esperti di diritto (*iuris prudentes*) e l'opera di elaborazione scientifica e di consulenza pratica da essi svolta. I loro responsi in particolare (Gai. 1.7; I. 1.2.8), ma più in generale il prodotto della loro attività, sono posti tra le fonti del diritto.

Il significato di “giurisprudenza” assume così una valenza diversa da quella attuale. Oggi giurisprudenza è l'insieme di decisioni di organi giurisdicenti (giurisprudenza della Cassazione, dei giudici di merito, ecc.) contrapposta a “dottrina”, con cui si indica l'opinione degli studiosi. “*Iuris prudentia*” si avvicina semmai a quest'ultimo significato, anche se l'influenza dell'attuale dottrina sul diritto è sempre mediata, laddove il responso giurisprudenziale arriva a imporsi con forza di legge, allorché, per i legami col caso concreto, senza i caratteri di generalità e astrattezza di quella.

La giurisprudenza rappresenta il tessuto connettivo dell'esperienza giuridica romana, una presenza costante che, attraverso una classe di individui qualificati per

posizione sociale, interessi, cultura, funge da elemento moderatore e unificatore. La sua attività di interpretazione e sistemazione attrae anche le altre fonti di diritto e, con l'andar del tempo, leggi, editti e persino costituzioni imperiali vivono nella dimensione delle opere dei giureconsulti.

Un momento importante per la sua storia sta nel passaggio dalla chiusa e limitata esperienza pontificale alla conoscenza laica.

Poca rilevanza ha stabilire se i dati della tradizione, in ordine a quel mutamento, sono fino in fondo credibili. Sarebbe stato Gneo Flavio, liberto di Appio Claudio Cieco, a sottrarre nel 304 a.C. dai penetrali dei pontefici i formulari processuali e il calendario dei giorni fasti e nefasti, dandone quindi pubblicazione. Per certo, a partire dal III a.C., l'attività giurisprudenziale non è più monopolio dei pontefici e prende le forme di un sapere laico, dai caratteri di scienza.

[l'attività del giurista:] In un passo del *De oratore* (1.48.212) Cicerone identifica l'attività del giureconsulto mediante tre verbi: *respondere*, *agere*, *cavere*.

[respondere] *Respondere* è il pronunciarsi su una questione giuridica, concretamente o astrattamente individuata. Il responso è legato all'oralità (poi si sistemerà scientificamente nello scritto); questa forma corrisponde a una funzione “oracolare” del competente, cui egli si adegua manifestandosi ai richiedenti con solennità e autorità.

[agere] *Agere* indica l'attività di consulenza tecnico-giuridica alle parti e allo stesso magistrato nel corso dei processi. Questa funzione, come del resto quella pretoria, è esaltata nel contesto del processo formulare. Mediante il processo, la giurisprudenza interviene nella creazione ed elaborazione di azioni e formule, influenzando, con la sua autorità, gli indirizzi del pretore. Di fronte al magistrato, che non è necessariamente un tecnico e solo temporaneamente ricopre quella carica, si colloca la stabile istituzione di una classe di esperti che finiscono così con l'essere “i veri artefici del *ius honorarium* sul piano tecnico-sostanziale” (Vacca).

[cavere] *Cavere* significa predisporre precise modalità negoziali tutelando preventivamente la parte con una saggia impostazione dell'atto. Rientra in questo anche la redazione di formule negoziali.

[far scienza] L'attività della giurisprudenza, nata come fatto orale, si deposita in opere che raccolgono ed elaborano i materiali prodotti dalla casistica. Il passaggio dalla pratica alla scienza si definisce con la scrittura. La forma letteraria è la “decantazione scientifica” (Bretone) del responso, che ne contrasta la provvisorietà, rafforza il valore del precedente e spinge all'elaborazione della regola giuridica.

[insegnare.] Ulteriormente il giurista esercita una funzione didattica, introdotta dalla sua attività di rispondente.

Attorno ai giuristi, che danno pareri ai postulanti, si raccolgono infatti, in casa o nel foro, degli ascoltatori (*auditores*). La stessa attività serve quindi, come nota Cicerone (*Orator* 42.143), tanto alla pratica quanto all'apprendimento.

Le esigenze dei discepoli, dapprima in tal modo soddisfatte, richiesero poi un apposito insegnamento teorico elementare che sfociò nella redazione di testi in vario modo rivolti a una didattica di tipo istituzionale.

[i giuristi antichi] La storia della giurisprudenza è storia della letteratura giuridica

e degli uomini che l'hanno elaborata. Può essere in qualche misura delineata solo da epoca relativamente vicina a noi; la sua ricostruzione, oltre ai limiti generali relativi a tutto ciò che è antico, incontra gli ostacoli di una tradizione essenzialmente indiretta.

La nascita di una letteratura giuridica sembra doversi ricondurre ai *Tripertita* di Sesto Elio (console nel 198 a.C.). Pomponio (che scrisse una storia della giurisprudenza romana) afferma che quest'opera contiene i fondamenti del diritto. Essa doveva il suo nome alla divisione in tre parti, secondo una sistematica: dapprima il testo delle XII tavole, quindi l'interpretazione giurisprudenziale e infine la tutela processuale.

Più tardi Quindi Mucio Scevola redasse un'opera complessiva in 18 libri di diritto civile in cui, senza pervenire ad una vera e propria esposizione sistematica, procedeva mediante un metodo classificatorio e divisorio, privilegiando, a quanto pare, la fissazione di regole normative e la concettualizzazione rispetto alla casistica.

A lui si contrappone l'altra grande personalità della tarda repubblica, Servio Sulpicio Rufo, lodato da Cicerone per l'arte dialettica, che affinò il metodo del responso.

[il *ius publice respondendi*] Sotto il principato i rapporti tra giurisprudenza e potere, sino allora genericamente implicati dalla professione aristocratica e dalla provenienza sociale del giurista, vengono definiti in modo nuovo. Le fonti riportano che Augusto introdusse il *ius publice respondendi*: il diritto di dare pubblicamente responsi collegati all'autorità imperiale.

Egli stesso si riservava di segnalare i giuristi meritevoli, perché risaltasse meglio la loro autorità a scapito dei meno validi, ponendo nel contempo alcune regole formali per l'utilizzazione in giudizio dei responsi, che dovevano essere prodotti in documenti sigillati dal giurista, onde evitare l'utilizzazione di *responsa* non veritieri.

Tale innovazione, giustificata, come dimostrano le sopra dette cautele, dalla necessità di porre rimedio ad abusi della pratica, conduce all'esercizio di un potere di controllo dell'imperatore sulla giurisprudenza, giacché i giuristi devono in qualche modo subordinarsi all'imperatore per ottenere il privilegio che li fa partecipi della sua *auctoritas*. Anche se l'attività giurisprudenziale resta formalmente libera, per i giuristi non muniti di *ius respondendi* essa si risolve in una elaborazione scientifica che solo indirettamente fa diritto. Davanti al giudice varranno i *responsa* di coloro a cui fu consentito di fare diritto (*quibus permissum est iura condere*: riferimento ai giuristi muniti di *ius respondendi*), come riporta Gaio (1.7).

[il rescritto di Adriano] La stessa fonte richiama poi un rescritto di Adriano (117-138 d.C.) per cui il giudice nella decisione è vincolato all'opinione concorde dei giuristi, avendo possibilità di scelta solo in caso di pareri discordi.

È opportuno notare come il potere imperiale risulti determinante nei due momenti della formazione del diritto giurisprudenziale, attraverso la concessione del *ius respondendi*, e della sua applicazione, regolata secondo meccanismi obbligati, nell'ambito del diritto prodotto dai giureconsulti “patentati”.

[Sabiniani e Proculiani] Al principio dell'impero va ricondotta la nascita delle scuole dei Sabiniani e dei Proculiani, la cui contrapposizione caratterizzerà la giurispru-

denza romana fino agli inizi del II secolo d.C.

La scuola sabiniana, fondata da Ateio Capitone, prese il nome dal suo successore Massurio Sabino; analogamente quella proculiana, fondata da Antistio Labeone, dovette il nome al posteriore giurista Proculo (di lui abbiamo solo il *cognomen*). Forse proprio alle diverse personalità degli iniziatori (Capitone fu fautore del principato, Labeone di ideali repubblicani) si dovette la nascita di due diversi punti di riferimento culturali, che tali restarono anche dopo la scomparsa delle personalità iniziatrici.

[la **giurisprudenza classica**] Sabiniani furono certamente, tra gli altri, Cassio Longino, Giavoleno Prisco, Salvio Giuliano; proculiani Nerva figlio, Giuvenzio Celso figlio, Nerazio Prisco. Tra i Sabiniani si colloca anche Gaio. Nelle *Institutiones*, riguardo a vari istituti, è registrato un buon numero di dissensi tra i suoi maestri e gli autori dell'altra scuola.

Il principato di Adriano segna un momento significativo nella storia della giurisprudenza, irrigidendosi con lui quel processo di accentramento del potere normativo nelle mani dell'imperatore il cui segno iniziale fu l'introduzione del *ius respondendi*. Ora i giuristi vengono inseriti in un organismo stabile, il *consilium principis* e derivano ormai la prerogativa del *ius respondendi* dalla professione di burocrati inseriti nel sistema imperiale. A questo può connettersi la tendenza rielaboratrice ed enciclopedica dei giuristi del II e III secolo, spesso rivolti a lavori di commento e sistemazione fondati sulle opere del passato.

Le grandi personalità di quest'epoca sono rappresentate da Salvio Giuliano (sotto Adriano e Antonino Pio), ritenuto il codificatore dell'editto, dal suo contemporaneo Sesto Pomponio, e successivamente da Ulpio Marcello e Cervidio Scevola. Sotto i Severi, tra la fine del II e la prima parte del III secolo, le tre più importanti figure ricoprono l'importante carica di prefetto del pretorio (spesso, per vari aspetti, un *alter ego* del principe), emblema dell'inserimento dei giuristi nel sistema pubblico imperiale. Sono Emilio Papiniano, nobile e complessa figura, e infine Giulio Paolo e Domizio Ulpiano, accomunati da una tendenza enciclopedica, che li portò ad opere di grande vastità, massimo alimento per la compilazione di Giustiniano e quindi per la stessa nostra conoscenza del diritto romano.

[Gaio] Tra gli autori della classicità merita qui particolare attenzione, per le fortunate vicende che hanno interessato la sua opera, il più volte menzionato Gaio.

Di lui conosciamo il *praenomen* (il nostro nome), ammesso non sia una pseudonimo, e quasi nulla della sua vita. Salvo forse – ma è dubbio – una citazione in D. 45.3.39, di lui le fonti coeve non parlano e, in seguito, i riferimenti saranno alle opere. Nel delinearne la personalità, si può procedere solo per congetture.

Gaio è già vivo sotto il principato di Adriano (117-138 d.C.). Questo pare risultare da un passo del Digesto (34.5.7 [8] pr.) in cui egli stesso colloca ai tempi suoi (*nostra aetate*) un evento di cui fu parte l'imperatore. Muore verosimilmente ai tempi di Commodo e, in ogni caso, dopo il 178, giacché risulta autore di un commento al senatoconsulto Orfiziano, emanato in quell'anno.

La sua identificazione mediante il semplice *praenomen* Gaio è fonte di ulteriori supposizioni. Si è così ritenuto che fosse oriundo di una provincia, giacché i provin-

ciali solevano, particolarmente in occasione dell'ottenimento della cittadinanza romana, assumere appunto un *praenomen* romano.

[le *Institutiones*] A Gaio sono attribuite numerose opere, ma la sua fama è legata alla sua attività, già apprezzata nel mondo postclassico, di chiaro espositore della materia istituzionale.

Le *Istitutiones* di Gaio sono l'unica opera della giurisprudenza classica pervenutaci al di fuori della compilazione giustiniana. Fino al 1816, anno in cui fu scoperto il manoscritto, la conoscenza della giurisprudenza coincideva sostanzialmente con quanto tramandatoci, in dimensione appiattita, frammentaria e non di rado alterata, dal Digesto di Giustiniano.

Le *Institutiones* sono il principale punto di riferimento per la conoscenza del diritto classico, in forza della loro completezza e della loro sostanziale integrità, garantita dall'esserci pervenute in via diretta e non tramite il filtro della compilazione giustiniana.

Nella datazione delle *Institutiones* non si può procedere che per approssimazione. Furono certamente composte, almeno per buona parte, all'epoca di Antonino Pio (138-161 d.C.) e, forse, completate sotto Marco Aurelio e Lucio Vero.

[struttura dell'opera] L'opera si divide in quattro “libri” o più precisamente, come vuole la terminologia dell'autore, in “*commentarii*”.

Nessun'altra divisione operò Gaio; tuttavia gli studiosi dell'Ottocento divisero per comodità la lunga trattazione di ogni commentario in paragrafi, onde la citazione di un punto del testo consta di due numeri, il primo dei quali, romano o arabo, indica il libro, il secondo il paragrafo.

All'interno dei quattro *commentarii*, servendosi di una esposizione sistematica e di tecniche classificatorie, Gaio organizza la materia secondo un modulo fortunato, che sarà alla base dell'impianto giustiniano.

Tutto il diritto viene diviso in tre parti, secondo che riguardi le persone, le cose, le azioni.

Alle persone è dedicato il primo libro, alle cose il secondo e il terzo, alle azioni l'ultimo.

La parte relativa al diritto delle cose, come si ricava anche dalla distribuzione della materia, è la più complessa. Gaio infatti, assumendo anche il concetto di cosa incorporale, che consiste in un diritto (2.14: vedi cap. V § 2), ricomprende nel *ius quod ad res pertinet* non solo la tematica relativa alla proprietà e ai modi di acquisto di cose singole, ma anche l'eredità, gli altri acquisti di cose in blocco e i diritti di obbligazione.

7. Fonti postclassiche. Le codificazioni

[ideologia del dominato] Il periodo che si apre dopo la fine della dinastia dei Severi (235 d.C.) e l'anarchia militare si definisce dominato, di contro alla precedente fase del principato. Quest'ultimo termine voleva indicare che tra l'imperatore, il primo di tutti (*princeps*), e i suoi sottoposti esisteva pur sempre un collegamento, per la

concezione della derivazione popolare dell'esercizio del potere (si ricordi la *lex de imperio*). Ora, invece, l'imperatore è *dominus*, e ancor più *dominus et deus* (signore e dio), si stacca dai sudditi per divenire, nei poteri e nelle manifestazioni esteriori, un sovrano assoluto.

[sovrano e legge] In tale contesto muta il rapporto dell'imperatore con la legge. Le due massime, per cui il principe è sciolto dalle leggi (*legibus solutus*) e legifera secondo la sua volontà (*quod principi placuit, legis habet vigorem*), elaborate dalla giuspubblicistica ulpiana (D. 1.3.31; 1.4.1 pr.) e che probabilmente esprimevano rispettivamente la particolarità della posizione del sovrano rispetto a talune leggi e l'indiscutibile accoglimento nel sistema del valore normativo delle decisioni imperiali, ora si caricano di nuovi significati.

La volontà del sovrano non va ricondotta alla legge, ma è la stessa legge; e la normazione si identifica in maniera esclusiva con la volontà imperiale. Norma e sovrano si identificano: questo è ormai, secondo l'espressione che comparirà nelle *Novelle giustiniane*, legge vivente (*nómos émpsychos*: Nov. 105.2.4). Il termine che ora sta ad indicare la sua volontà e che si affianca a quello di *constitutio*, è *lex*. Secondo la logica di una continuità tra attività di normazione e potere, il sistema fa proprio quel termine di *leges* che anticamente indicò il prodotto del volere comiziale.

Tra queste, particolare rilievo assumono ora le disposizioni di ordine generale (editti), mentre perdono di importanza le costituzioni dirette a casi particolari (rescritti), sovente ridotte a istruzioni per il giudice e la cui efficacia viene espressamente subordinata alla non contrarietà al diritto vigente.

[leges e iura] Il ridursi delle fonti di produzione alle sole *leges* non significa il ripudio di una secolare coscienza giuridica. Il passato non viene rinnegato, salvo quanto desueto o in contrasto con le norme imperiali. Ora le espressioni del passato mondo giuridico, le leggi con il loro apparato di commento, e parimenti i senatoconsulti, gli editti dei magistrati, l'elaborazione della scienza cessano di apparire nella loro singolarità. Sono un insieme che si conserva sedimentato nelle opere dei giureconsulti. Questa massa di regole e di istituti viene indicata col nome di *iura*, e di conseguenza *iura* sono gli scritti dei giuristi che contengono queste nozioni.

I *iura* sono dunque gli elementi della esperienza giuridica romana sussunti dal lavoro scientifico e pratico dei giuristi; gli scritti di costoro, con cui si vengono ad identificare, sono invocati davanti ai giudici dalle parti a sostegno delle proprie opinioni.

[legge delle citazioni] In funzione di problemi pratici, in un'ottica di riconduzione di ogni fonte a un'unica volontà legislativa, è quel provvedimento denominato dai moderni "legge delle citazioni", emanato in Occidente sotto Valentiniano III nel 426 d.C.

Esso attua una selezione tra i giuristi; possono essere utilizzate soltanto le opere di Papiniano, Paolo, Gaio, Ulpiano, Modestino e anche (ma l'ampliamento potrebbe essere stato frutto della cancelleria d'Oriente, che inserì la costituzione nel Codice Teodosiano [1.4.3]) gli autori citati da costoro, purché vengano conferite le loro opere. Se tra i cinque vi è contrasto, vince la maggioranza; se vi è ancora parità, prevale l'opinione di Papiniano; fuori da questi casi, il giudice può seguire l'opinio-

ne che vuole.

La pronuncia del giurista come quella del giudice trae dall'autorità imperiale la sua validità: l'evoluzione iniziata sotto Augusto con la concessione del *ius respondendi* e perfezionata sotto Adriano con la fissazione, anche se in termini solo parzialmente preordinati, di criteri per il giudice della valutazione del responso (Gai. 1.7), trova qui il suo compimento.

[opere postclassiche:] In assenza di personalità di giuristi che per interessi e cultura siano in grado di elaborare opere o sistemi nuovi (il che sarebbe stato comunque problematico dato lo scarso spazio offerto dal sistema assolutistico), la giurisprudenza postclassica si impegna per lo più in un lavoro di basso profilo.

[Collatio] Del resto l'interesse per il diritto è scarso e superato da quello per la religione e la teologia. Significativo è che un autore dell'epoca abbia redatto un'opera, la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (“confronto tra le leggi di Mosé e dei romani”), detta anche *Lex Dei*, assumendo il diritto divino come termine di confronto.

Il riassunto, o epitome, è una caratteristica del tardo antico (noto esempio le *Periochae* di Tito Livio), adatto a tempi di limitata cultura e di scarsa disponibilità di materiale scrittorio e di copisti.

Il lavoro dei postclassici, anonimo e acritico, si svolge sotto il nome e le opere dei giuristi precedenti; di qui le insidie per l'interprete.

[Pauli Sententiae] Di grande diffusione, e utilizzata in varie collezioni, è un'opera in 5 libri attribuita a Paolo, le *Pauli Sententiae*, elogiate da Costantino (C.Th. 1.4.2). Sembra trattarsi di una elaborazione di materiale paolino (forse un archetipo originale), con possibili inserimenti di passi di altri autori e aggiornamenti apportati per ragioni pratiche.

[Tituli ex corpore Ulpiani] L'*Epitome Ulpiani*, o *Tituli ex corpore Ulpiani*, è emblematica della tendenza all'elementarità e alla chiarezza. Fu probabilmente composta agli inizi del IV secolo. L'archetipo potrebbe consistere in un'opera che sappiamo composta da Ulpiano, il *Liber singularis regularum*, ovvero nelle Istituzioni di Gaio integrate da frammenti ulpiane. In ogni caso, incontestabile sembra una certa corrispondenza con le Istituzioni di Gaio e, più significativamente, la sostanziale classicità del materiale proposto.

[Fragmenta Vaticana] Accanto alle raccolte di *iura* troviamo sillogi in cui viene congiuntamente utilizzato materiale legislativo e giurisprudenziale (raccolte miste di “*leges*” e “*iura*”). Tra queste la più importante è costituita dai *Fragmenta Vaticana*, così detta perché scoperta in un palinsesto della Biblioteca Vaticana dal cardinale Angelo Mai.

[Epitome Gai] L'opera istituzionale di Gaio conosce grande fortuna nel mondo postclassico. Essa tuttavia deve misurarsi con i mutamenti intervenuti e la tendenza alla semplificazione.

Abbiamo così l'*Epitome Gai* (V secolo), una rielaborazione riduttiva delle Istituzioni, pervenutaci tramite una delle leggi romano-barbariche, la *Lex Romana Wisigothorum*, ma di origine anteriore, forse redatta su un testo intermedio.

Il periodo postclassico ci mostra in definitiva l'involuzione dell'attività giurisprudenziale, che ormai appare isterilita e sussidiaria rispetto alla normazione imperia-

le, che ne regola dall'alto l'efficacia pratica attraverso la legge delle citazioni. L'attività di produzione del diritto passa ormai attraverso la cancelleria, ma proprio la gran massa delle *leges* e la loro stessa natura ne impongono la raccolta e la sistemazione.

[il problema della “codificazione”] Tra le XII tavole e la successiva raccolta “ufficiale” di testi normativi passano circa novecento anni. Invero, dopo l'irreperibile esperienza della *Lex*, alla cui redazione contribuirono le premesse straordinarie della risoluzione di un conflitto sociale e della scelta del nuovo strumento della scrittura, i romani non avvertirono la necessità di raccolte organiche e sistematiche a cui il potere desse il suggello del diritto vigente.

Ciò può essere la conseguenza di un diverso sentire in ordine al problema della “certezza” del diritto, ma meglio si giustifica se riflettiamo sulla generale scarsità di norme direttamente provenienti dagli organi costituzionali e sul carattere “aperto” del sistema normativo romano, caratterizzato dalla presenza di un ceto professionale che si fa garante della certezza del sistema e compie, in base a un metodo casistico e asistemico, le necessarie opere di adattamento e di trasformazione.

L'avvento dell'impero non produce novità. La relativa certezza del sistema, nel senso voluto dall'autorità, è raggiunta attraverso il controllo sulla giurisprudenza mediante lo strumento del *ius respondendi*. La legislazione imperiale inizialmente opera per lo più per casi speciali tramite rescritti e decreti e viene assunta nel sistema attraverso l'elaborazione della giurisprudenza. A questa viene demandata la conservazione ed elaborazione dell'unica fonte “codificata”, l'editto pretorio.

Una codificazione, intesa come riduzione di tutto l'apparato normativo a un numero relativamente limitato ed esaustivo di regole, raggruppate in modo organico e sistematico, è per secoli irrealizzata. Esperienze di “codificazioni”, nel senso di sillogi di materiali normativi altrimenti sparsi, si possono individuare tuttavia riguardo alle *leges*, unica fonte realmente viva e produttiva di diritto.

[i Codici Gregoriano ed Ermogeniano] Dopo che un giurista, Papirio Giusto, nel II secolo d.C. realizzò una raccolta in venti libri di rescritti di Marco Aurelio e Lucio Vero, un secolo più tardi, sotto Diocleziano, dei privati, forse giuristi, misero insieme due collezioni in cui le costituzioni erano ordinate sistematicamente.

La prima, composta intorno al 292 da Gregoriano, raccolse costituzioni, in prevalenza rescritti, da Adriano a Diocleziano. Anche la seconda, che nacque come integrazione della precedente, deve il suo nome all'autore Ermogeniano, e comprendeva rescritti diocleziane degli anni 293-294.

Per entrambe le compilazioni compare il nome di *codex* (*Codex Gregorianus*, *Codex Hermogenianus*) che diverrà termine tecnico per designare una raccolta di costituzioni imperiali.

Codex non ha in origine quel significato specifico: è dapprima il tronco d'albero, indi l'insieme di tavolette lignee, e infine l'insieme di fogli di pergamena cuciti a libro.

Attraverso la sua utilizzazione come contenitore della norma per eccellenza, la costituzione imperiale, il codice assume una valenza specifica per arrivare sino a noi col significato di raccolta di norme giuridiche.

Le compilazioni del Gregoriano e dell'Ermogeniano, al pari di quella di Papirio Giusto, sono raccolte private, cui manca il sigillo dell'ufficialità, ma sono la premessa di una codificazione ufficiale.

[il Codice Teodosiano:] È nella più favorevole situazione dell'Oriente che nel 429 l'imperatore Teodosio II intraprende un disegno innovatore che arriva a prevedere un *corpus* normativo, sistematicamente redatto, in cui *leges* e *iura* ricomposti convivano.

[primo progetto] Il primo programma imperiale, che non fu realizzato, è esposto in una costituzione pervenutaci in C.Th. 1.1.5.

Si prevedevano due distinte compilazioni. La prima, funzionale alla documentazione storica e alla preparazione dei giuristi, sarebbe stata una raccolta di costituzioni imperiali sul modello dei precedenti codici privati, e precisamente delle *leges generales* emanate a partire da Costantino. Queste avrebbero dovuto essere ordinate cronologicamente all'interno di titoli divisi per argomento.

La seconda parte del progetto era la più ambiziosa e rivoluzionaria, e, se realizzata, avrebbe anticipato i successivi obiettivi di Giustiniano.

Essa doveva servire alla pratica, e a tale scopo offrire il diritto vigente, nella sua globalità. I commissari avrebbero dovuto estrarre dalla prima compilazione e dai Codici Gregoriano ed Ermogeniano rispettivamente le leggi generali e i rescritti in vigore, seguendo ancora la sistemazione per titoli. All'interno di essi i compilatori avrebbero altresì collocato quanto dei *iura* appariva utilizzabile come diritto vivente.

Per ragioni non individuabili dalle fonti, il progetto non arrivò a compimento nei termini esposti.

[progetto definitivo.] Nel 435 Teodosio, con una seconda costituzione (C.Th. 1.1.6), ripiegò in sostanza sulla prima parte del programma, disponendo una raccolta di costituzioni generali da Costantino in poi, ad integrazione del Gregoriano e dell'Ermogeniano. In essa si ricomponevano fini scientifici e pratici (per questo dovevano essere riportate anche costituzioni abrogate dovendosi desumere la vigenza dalla cronologia). Le esigenze della pratica si manifestarono poi col concedere ai commissari di alterare i testi ove necessario.

Il Codice Teodosiano, inviato anche in Occidente ed entrato in vigore al principio del 439, consta di sedici libri, divisi in titoli, che raggruppano le costituzioni di argomento affine (indicato nella rubrica), ordinate cronologicamente.

[Novelle post-teodosiane] Varie costituzioni posteriori ci sono pervenute attraverso raccolte occidentali. Emanate da vari imperatori, compreso lo stesso Teodosio II, vengono indicate con il termine di Novelle post-teodosiane.

8. La compilazione giustiniana

[la figura di Giustiniano] Nell'impero d'Oriente, la cui pur innegabile crisi appare controllabile e reversibile, offrendosi come ultimo baluardo della "romanità", un imperatore, Giustiniano, mosso dall'anelito di restaurazione e stimolato da una cul-

tura giuridica mai sopita, persegue un'impresa di sistemazione del diritto tale da far identificare con essa, per secoli, la stessa nozione di diritto romano.

La sistemazione del diritto non è che un aspetto del più ampio disegno che Giustiniano si propone di perseguire.

L'imperatore si sente il tramite tra gli uomini e la divinità, i cui fini egli deve realizzare sulla terra, tramite la monarchia universale romana ("romani" si chiamano ancora gli abitanti dell'impero d'Oriente).

Compito dell'imperatore è il perseguimento di un disegno restauratore e unificatore sotto tre profili: politico, attraverso il riassetto delle strutture dello Stato e la riconquista delle regioni già sottratte all'impero; religioso, mediante la difesa dell'ortodossia, e infine giuridico, attraverso la ristrutturazione di tutto il sistema del diritto.

In funzione dell'auspicata restaurazione, l'imperatore vuole la sistemazione dell'ordinamento giuridico, eliminando ciò che delle norme appare superfluo e contraddittorio, dando ad esse certezza e immutabilità.

Pur con le sue manchevolezze, sarà proprio l'opera del legislatore a lasciare traccia nei secoli, di contro agli effimeri risultati raggiunti altrove.

[il primo Codice] Appena salito al trono, Giustiniano dà attuazione ai suoi progetti, forse già da tempo meditati. Prende l'iniziativa con una costituzione, che qui come altre dà il via ai lavori (da una costituzione sarà sempre segnata la promulgazione delle singole realizzazioni) ed è individuata, come le encicliche papali, con le parole iniziali. La *Haec quae necessario* (del febbraio del 528) nomina una commissione, presieduta da Giovanni di Cappadocia, e annoverante tra i suoi membri Triboniano, il futuro protagonista di tutte le vicende legislative, con il compito di redigere una nuova raccolta di costituzioni imperiali. I materiali vanno prelevati dalle raccolte private rese ufficiali da Teodosiano che coprivano il periodo da Adriano a Diocleziano, cioè i Codici Gregoriano ed Ermogeniano, nonché ovviamente dalla raccolta ufficiale del Teodosiano, indi dalle costituzioni posteriormente emanate dai successori e dallo stesso Giustiniano.

Il *Novus Iustinianus Codex*, che toglie di mezzo tutte le raccolte precedenti, viene pubblicato a poco più di un anno di distanza, nell'aprile del 529, con la costituzione *Summa rei publicae*, ed entra in vigore nello stesso mese. Ma la sua vita fu breve: a cinque anni di distanza, per una serie di importanti eventi intermedi, apparve superato, e fu sostituito da una nuova edizione, mentre, per espressa disposizione imperiale (cost. *Cordi*, § 4), venne vietato ogni riferimento ad esso.

[il Digesto] Con la costituzione *Deo auctore*, del dicembre del 530, viene programmata la più complessa e ambiziosa delle opere.

Si istituisce una commissione, presieduta dal *quaestor sacri palatii* Triboniano, che chiamerà al suo fianco sedici collaboratori.

Sono il ministro del tesoro (*comes sacrarum largitionum*) Costantino, quattro professori e undici avvocati del foro imperiale. Si coniugano così scienza e pratica, per un lavoro che deve estrapolare dalla sapienza antica i materiali utili al presente.

I commissari devono estrarre dalle opere dei giuristi aventi il *ius respondendi* tutti i passi necessari, ricomponendo i frammenti utilizzati all'interno di una vasta opera

di 50 libri. Hanno facoltà di scelta e di modifica dei testi, mentre sul risultato del loro lavoro non saranno ammessi in futuro altri interventi. L'opera si chiamerà, con vocabolo della giurisprudenza classica, *Digesta* (da *digerere*, ordinare) ovvero, alla greca, *Pandette*. Nel corso di tre anni i commissari esaminano, stando alle notizie ufficiali, ben duemila libri, estendendo il loro esame anche alle opere di autori che non ebbero il *ius respondendi* (Gaio e i giuristi repubblicani). Alla fine del 533, con la costituzione bilingue *Tanta-Dédoken*, l'opera viene pubblicata, per entrare successivamente in vigore il 30 di dicembre.

Col Digesto viene radicalmente modificato il regime postclassico dei *iura*. Come si afferma nella costituzione *Deo auctore* (§§ 5-6) cadono le gerarchie introdotte dalla legge delle citazioni. Tuttavia, se sotto il profilo qualitativo gli autori sono sullo stesso piano, il loro apporto quantitativo risulta assai diverso e, in qualche modo, influenzato dalle scelte postclassiche.

Dei 38 o 39 giuristi (a seconda che si identifichino o meno le figure indicate come Claudio e Venuleio Saturnino) i 5 della legge delle citazioni contribuiscono per più di due terzi (6137 su 9142), mentre 27 giuristi forniscono solo 538 frammenti).

Il Digesto consta di 50 libri, suddivisi in titoli la cui rubrica ci fornisce l'argomento. L'ordine della materia è, per la parte privatistica, quello dell'Editto perpetuo.

Un passo del Digesto si indica attualmente con la lettera D. seguita da numeri separati da un punto o una virgola: il primo indica il libro, il secondo il titolo (tranne che per i libri 30-32 che, non divisi in titoli, si suddividono ulteriormente in frammenti), il terzo il frammento (che a sua volta è stato, per comodità, diviso in un principio [pr.] e uno o più paragrafi [ad esempio: D. 46.4.18.1]).

[le interpolazioni] La ricostruzione del diritto classico attraverso il Digesto è ulteriormente complicata dagli interventi operati sui testi, in rapporto a esigenze di modifica e aggiornamento. Questo aspetto, che interessa tutta la compilazione, è particolarmente significativo con riguardo alle *Pandette*, affermando lo stesso imperatore nel § 10 della *Tanta* che molte e molto importanti cose vennero modificate per utilità pratica.

Gli interventi dei commissari sui testi si chiamano “interpolazioni” (gli “*emblémata Triboniani*” della dottrina antica).

Ora, se il fenomeno delle interpolazioni è innegabile, il *quantum* è sempre al centro dei dibattiti della scienza romanistica. Attualmente si tende, contrariamente ad alcuni decenni or sono, ad un indirizzo conservativo, riducendo gli interventi compilatori a modifiche ed adeguamenti spesso formali, senza esigere ad ogni costo una assoluta coerenza nel sistema giurisprudenziale.

Il Digesto è legge, ha la stessa forza normativa delle costituzioni imperiali. Questo viene affermato in vari punti e in particolare nella *Deo auctore*, § 6, ove si riconosce alla scienza dei giuristi quell'autorità che proviene dalle costituzioni dell'imperatore e dalla sua bocca divina.

[le Istituzioni:] Mentre la redazione del Digesto volgeva al termine, Giustiniano dava informalmente ordine a una commissione, presieduta da Triboniano e composta da Teofilo e Doroteo, rispettivamente professori delle università di Costantinopoli e Berito, di redigere un trattato elementare per la gioventù desiderosa di impara-

rare il diritto (*cupida legum*), in sostituzione delle opere fino a quel momento utilizzate nella scuola. Manca la costituzione introduttiva; tuttavia un preannuncio delle intenzioni imperiali era già contenuto nella costituzione *Deo auctore*, § 11.

[fonti] Le *Iustiniani Institutiones* (ovvero *Elementa*) sono pubblicate, ancor prima del Digesto, nel novembre del 533, con la costituzione *Imperatoriam*. L'entrata in vigore, in base alla cost. *Tanta* § 11, viene fissata, come per le Pandette, al 30 dicembre dello stesso anno.

Il libro non è solo uno strumento didattico. Espressione della volontà imperiale, esso ha in tutto e per tutto valore di legge. Giustiniano lo afferma solennemente nella *Imperatoriam*, ove lo equipara alle costituzioni (§ 6), e lo ribadisce nella *Tanta* (§§ 11, 23), dove le Istituzioni vengono accomunate al Codice e al Digesto in un unico destino legislativo.

Le Istituzioni di Giustiniano hanno il loro modello nel manuale di Gaio. Ma anche se l'archetipo è manifesto e dichiarato, le Istituzioni imperiali sono la somma di numerose componenti amalgamate dai commissari.

Tra le fonti si possono distinguere tre gruppi di opere. Anzitutto quelle a carattere manualistico, cui lo stesso Gaio contribuisce ulteriormente con le *Res cottidianae*, e a cui danno il loro apporto, in misura non esattamente determinabile, gli altri istituzionisti a noi noti.

Vengono poi, opportunamente adattati, brani tratti da opere dei giuristi comprese nel Digesto.

Una terza componente è data dalle costituzioni contenute nel primo Codice e da quelle promulgate posteriormente, che vengono riassunte e inserite nel dettato.

Va comunque in generale precisato che l'identificazione dei materiali utilizzati offre margini di incertezza in quanto i compilatori non indicano, come per il Digesto, la provenienza di quelli, ma fondono il tutto, fornendo da parte loro il tessuto connettivo, in un discorso unitario.

[la Parafrasi di Teofilo] Delle *Institutiones* viene subito redatta un'ampia spiegazione in lingua greca. Autore di questa Parafrasi, che per il tono discorsivo e la lingua utilizzata meglio si adatta agli studenti, è Teofilo, membro della commissione del Digesto e coautore delle Istituzioni.

[la seconda edizione del Codice] Gli eventi occorsi negli anni tra il 529 e il 533 condussero all'inevitabile superamento del *Novus Iustinianus Codex*. Al di fuori di questo vigevano infatti molte e importanti pronunce imperiali: le *quingenta decisiones*, emanate fra la redazione del Codice e l'inizio dei lavori per il Digesto al fine di risolvere controversie insorte tra gli antichi giuristi, le costituzioni emanate durante l'attività dei commissari per risolvere i problemi presentatisi durante la redazione dell'opera (*ad commodum propositi operis pertinentes*) e infine la legislazione corrente dal 529 in poi. Vi erano inoltre norme (come la legge delle citazioni) da eliminare perché superate per effetto delle iniziative intermedie.

Non sappiamo quando siano iniziati i lavori per la nuova edizione del Codice (*Codex repetitae praelectionis*), giacché anche in questo caso ci manca una costituzione introduttiva. Abbiamo però la costituzione (*Cordi nobis*) che lo promulga nel novembre del 534 facendolo entrare in vigore il 29 dicembre, da cui apprendiamo la com-

posizione della commissione, di cinque membri, presieduta ancora una volta da Triboniano.

Il compito di questa era aggiungere nuove costituzioni e togliere quelle superate, con facoltà di modificare i testi ove necessario.

Il Codice del 529, l'unico ad esserci pervenuto, si divide in 12 libri. Così nella partizione del materiale l'ultima raccolta ufficiale del mondo romano si collega alla prima, la legge delle XII tavole.

Le costituzioni coprono un arco temporale che arriva al novembre 529 partendo da Adriano, cui appartiene la *lex* più risalente (C. 6.23.1 non databile). L'inclusione delle *leges* più antiche nella raccolta è resa possibile dagli apporti del Codice Gregoriano, mentre all'Ermogeniano si deve l'abbondanza di rescritti di Diocleziano.

Rispetto al Teodosiano, la materia privatistica occupa nel nuovo Codice maggiore spazio: dei dodici libri infatti, ben sette, dal II all'VIII, sono a quella dedicati.

[le Novelle] In un arco di tempo relativamente breve si era compiuta la rinnovazione del manuale istituzionale e la sistemazione dei *iura* e delle *leges*. Giustiniano non può tuttavia illudersi di aver fermato per sempre il diritto. Concludendo l'opera con la pubblicazione del *Codex repetitae praelectionis*, egli, mentre vieta la citazione di costituzioni in esso non ricomprese, eccettua quelle che si renderà necessario emanare in seguito. Di norme future viene prevista non solo la statuizione, ma anche la raccolta, indicato col titolo di "Novelle costituzioni" (cost. *Cordi*, § 4).

In effetti gli anni successivi, dal 529 al 565, vedono una significativa legislazione; non sarà mai effettuata invece la silloge ufficiale promessa.

La materia trattata è prevalentemente di diritto pubblico (amministrativo, ecclesiastico, canonico, data l'ingerenza dell'imperatore nella materia religiosa, penale). Le costituzioni di argomento privatistico, non molto numerose, apportano tuttavia diversi elementi di novità, e anche di rottura, con l'avvenuta compilazione, particolarmente nella materia delle persone e dell'eredità.

Le Novelle, in assenza di una raccolta ufficiale, ci sono pervenute attraverso collezioni private.

Nel novembre del 565 muore Giustiniano. Cominciano i giudizi su di lui: discordanti e spesso eccessivi. Ma decidono gli eventi: la sua opera è modello e punto di riferimento nei secoli, e ancora la sua morte è il termine simbolico di una millenaria esperienza giuridica.

9. Partizioni del diritto

[diritti assoluti e relativi] Della distinzione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo si è fatto cenno (§ 1). All'interno dei diritti soggettivi viene dalla dottrina ulteriormente estrapolata la fondamentale distinzione tra diritti assoluti e relativi. I primi garantiscono al soggetto la relazione con l'oggetto del suo diritto, implicando per gli altri un dovere di astensione; i secondi realizzano l'interesse del titolare mediante l'imposizione di un obbligo positivo e determinato a carico di un altro soggetto. Ai primi corrispondono le potestà e i diritti reali; ai secondi i diritti di obbligazione

(sull'antitesi vedi ancora capp. V § 1 e VI § 1).

Nell'ambito del diritto oggettivo sono individuabili varie classificazioni.

[diritto pubblico e diritto privato] Tra queste è fondamentale, per le successive conseguenze sul piano dogmatico, quella prospettata da Ulpiano (D. 1.1.1.2) fra diritto pubblico e diritto privato come premessa alla sua trattazione istituzionale, proprio per delimitarne la materia.

Il diritto pubblico riguarda il modo d'essere dello Stato (cerimonie, sacerdoti, magistrature, rapporti internazionali); il diritto privato ha riguardo all'interesse dei singoli. Determinante è la natura dell'interesse protetto in via primaria, che in caso di contrasto comporta la prevalenza di quello pubblico.

Da questa distinzione scaturisce sostanzialmente l'oggetto del nostro studio (cfr. § 1).

La distinzione *ius publicum* – *ius privatum* venne ancora invocata ad altro proposito; così per distinguere tra regole provenienti da atti statuali (ad esempio leggi, trattati) e da atti di autonomia dei singoli (patto, testamento), nonché tra norme “indisponibili”, in quanto stabilite nell'interesse della comunità, e “disponibili”, ossia derogabili dalla volontà dei privati.

Un'altra distinzione, per vari aspetti problematica, è quella prospettata nelle fonti fra “*ius commune*” e “*ius singulare*”.

[“*ius commune*” e “*ius singulare*”] Il *ius singulare* sarebbe costituito dalle norme che derogano per una ragione di utilità ai principi aventi portata generale (è questo il *ius commune*). Un esempio di *ius singulare* è dato dal regime dei testamenti militari, che si distacca dalle regole solite. Il *ius singulare* ha carattere di eccezionalità, non è quindi suscettibile di applicazione per analogia. Non chiarissimo è l'ulteriore rapporto con il *privilegium*, che sembra indicare una norma speciale che beneficia particolari individui più che situazioni astrattamente individuate, talora, peraltro, usato indifferentemente al posto di *ius singulare*.

[polivalenza di “*ius civile*”:] Altre partizioni si hanno muovendo dalla locuzione “*ius civile*”, che assume una pluralità di significati, particolarmente in relazione ai diversi termini con cui sia messa a confronto.

[= *iura*] In primo luogo essa indica genericamente il “diritto della città” e corrisponde quindi ai *iura populi Romani* di Gai. 1.2. Ciò vale particolarmente per il periodo antico, in cui non appaiono quelle componenti che per contrapposizione di volta in volta daranno alla dizione più specifici significati.

[*civiliter agere*] Nel periodo più tardo *ius civile* assume significato di “diritto privato”, quale è passato nella nostra esperienza giuridica. Il “*civiliter agere*”, come sistema processuale basato sulle norme privatistiche, si contrappone al “*criminaliter agere*” basato sulle norme di diritto pubblico che regolano la repressione criminale.

[*ius civile* e *ius honorarium*] Un ulteriore significato *ius civile* assume se avvicinato a *ius honorarium* ovvero a *ius praetorium* che di questo è la componente principale.

Il diritto civile è allora quello che deriva da leggi o da atti a queste equiparati; diritto onorario è quello che deriva dall'attività del magistrato, di regola prevista ed esplicitata nell'editto. La bipartizione copre l'intero sistema, onde si può definire negativamente come diritto civile quel diritto che non ha fonte nell'editto magi-

strattuale. Al rapporto tra i due ordini, che ancor meglio si chiarirà riguardo ai singoli istituti, si è accennato (§ 3).

[*ius civile, ius gentium...*] Una ulteriore partizione, con cui hanno inizio le Istituzioni di Gaio, è tra *ius civile* e *ius gentium* (termine altrove richiamato anche nel senso, per noi secondario, di diritto regolante i rapporti tra Stati).

Gaio parte dalla constatazione alquanto teorica dell'esistenza, presso ciascun popolo "governato da leggi e costumi" (1.1), di norme peculiari accanto a norme comuni a tutti i popoli. Le prime sono di diritto civile; le seconde, che Gaio afferma esser suggerite da una *naturalis ratio*, di diritto delle genti. Questo dato si può constatare anche presso il popolo romano.

Sotto questo profilo si può ben attribuire al paradigma gaiano un valore descrittivo. Gli istituti del sistema romano possono essere distinti a seconda che realizzino un'esperienza esclusiva dei romani ovvero trovino corrispondenza presso tutti i popoli.

[(l'impatto della *Constitutio Antoniniana*)] Ma questa distinzione assume una portata normativa in relazione alla contrapposizione esistente all'interno del mondo romano fino alla costituzione di Caracalla (*Constitutio Antoniniana*) che nel 212 d.C. concede la cittadinanza a tutti gli abitanti dell'impero, tra cittadini (*cives*) e stranieri (*peregrini*). Il *ius civile* in questo significato è la norma esclusiva, applicabile ai soli cittadini romani, laddove il *ius gentium* è applicabile anche agli stranieri; il diritto civile è allora quella parte dell'ordinamento romano che resta preclusa agli stranieri. Costoro non potranno quindi, ad esempio, acquistare la proprietà attraverso la *mancipatio* e la *in iure cessio* (istituti del diritto quiritario), mentre discenderanno valide conseguenze da una società conclusa tra essi e i romani.

Il *ius gentium* offre così due angolazioni che sottendono, secondo una tendenza dottrinale, due sottoclassificazioni: una con portata "sociologico-comparatistica", l'altra con valore "normativo-dogmatico" (Talamanca).

Uno stesso istituto può essere per un aspetto di diritto delle genti, per un altro di diritto civile.

Un esempio è dato dal matrimonio, tipico istituto delle genti, fondato sulla ragione naturale. Nonostante la sua indiscussa natura sul piano del diritto comparato, esso non è parte dell'ordinamento romano accessibile agli stranieri; ha, sul piano normativo, una connotazione civilistica. Perché ne discendano gli effetti, deve essere *iustum ac legitimum*, rispondente cioè alle regole del diritto civile, e presuppone il requisito del *conubium* che è, salvo eccezioni, esclusivo dei cittadini romani.

L'estensione della cittadinanza operata dalla *Constitutio Antoniniana* annulla le conseguenze che sul piano della applicazione del diritto ha la distinzione. I peregrini si identificano ormai con i cittadini di altri Stati. La dicotomia *ius civile* – *ius gentium*, che prima operava all'interno del sistema, ora può solo descrivere il rapporto con altre realtà, lontane da Roma o astrattamente individuate.

[... *ius naturale*.] Priva ora di qualunque conseguenza operativa, la classificazione sarà base per lo sviluppo di quegli elementi astratti e filosofici in essa implicati.

Si manifesta una tradizione speculativa volta a ricercare nel diritto la proiezione di un ordine superiore. Già la definizione di Gaio suggeriva come ispiratrice di isti-

tutti riscontrabili presso tutti i popoli la *naturalis ratio*.

Gli ultimi giuristi classici in particolare elaborarono la nozione di *ius naturale*. Secondo Ulpiano (D. 1.1.1.3 = I. 1.2 pr.), il diritto naturale trova il suo fondamento nello stesso ordine biologico: è “quello che la natura ha insegnato a tutti gli animali”. Paolo distingue tra *ius naturale* e *ius civile*: il diritto naturale è quello che è sempre equo e buono, il diritto civile è ciò che è utile a tutti o ai più in ciascuno Stato (D. 1.1.11).

[la tripartizione in Giustiniano] La tripartizione *ius civile*, *ius gentium*, *ius naturale* è fatta propria da Giustiniano (I. 1.2).

Il diritto civile è quello proprio di ciascun popolo, contrapposto a quello delle genti, comune a tutti gli uomini.

Il diritto naturale, insegnato dalla natura, trova la sua causa ultima nella provvidenza divina (I. 1.2.11). Rispetto al diritto civile, che è solito cambiare, la sua caratteristica è, per la provenienza, l'immutabilità.

Più problematica è la definizione dei rapporti tra lo stesso *ius naturale* e il *ius gentium*.

Sarebbe desiderio dell'imperatore cristiano trovare realizzata nel diritto comune a tutti i popoli, e quindi nell'impero universale romano che ne è al centro, una piena corrispondenza con i dettami della legge divina. Deve invece accertarsi una divergenza, determinata dalle usanze e dalle necessità dell'uomo, tra *ius gentium* e *ius naturale*: con questo contrasta infatti la guerra con le sue conseguenze, e in primo luogo la schiavitù. Gli uomini infatti ne sono assoggettati presso tutti i popoli, sebbene ciò avvenga contro natura (I. 1.3.2 che riprende l'istituzionista Fiorentino).

Non si realizza quindi in concreto quella piena corrispondenza tra ordine naturale, espressione di quello divino, e diritto positivo comune ai popoli. Del *ius naturale* si testimonia la indelebile natura di diritto “ideale”.

CAPITOLO II

PERSONE E FAMIGLIA

1. La persona
2. La schiavitù
3. Cause della schiavitù e acquisto della libertà
4. La cittadinanza
5. “Sui iuris” e “alieni iuris”
6. La patria potestà
7. Cont.: gli aspetti patrimoniali
8. Persone “in mancipio” e “in mano”
9. Situazioni limitatrici della capacità
10. Il matrimonio
11. Cont.: il regime patrimoniale
12. Concubinato e legittimazione
13. L'adozione
14. Tutela e cura

1. La persona

[“**persona**”] “Prima guardiamo alle persone” (Gai. 1.8; I. 1.2.12). Nella tripartizione istituzionale della materia Gaio e Giustiniano antepongono ad ogni altro argomento la trattazione relativa al diritto delle persone. E del resto, come osservava un giurista (Ermogeniano, in D. 1.5.2), tutto il diritto è in funzione dell'uomo.

L'equivalenza tra persona e soggetto del diritto non è tuttavia il dato di partenza. Persona, nell'accezione consueta delle fonti romane, è semplicemente l'essere umano, la cui idoneità alla titolarità di rapporti giuridici è solo eventuale.

Persona ha l'originario significato di maschera, ben in accordo con quel “teatro delle marionette” suggerito da qualcuno come possibile rappresentazione dell'esistenza. Dietro la maschera disegnata con fattezze umane, sta la varietà delle situazioni individuali: di maschio o di femmina, di adulto o di infante, di savio o di pazzo e, soprattutto, di libero o di schiavo.

Situazioni differenziate ma significanti un concetto di persona che non coincide sempre, come nel nostro ordinamento, con la titolarità di diritti.

Persona è l'uomo, non il soggetto di diritto. Sono persone anche gli schiavi, che giuridicamente sono *res* (cose) (e difatti la prima distinzione delle persone è tra liberi e schiavi). Dunque non si realizza l'identificazione dell'essere umano come indiscusso punto di riferimento di diritti e obblighi.

È vero che talora nelle fonti “persona” sembra assumere il significato di capacità giuridica o di persona giuridica, ma si tratta di contesti affatto particolari, peraltro premesse al successivo tecnicismo del termine.

[**capacità giuridica e d'agire**] Mentre “persona” ha significato diverso dall'attuale, le terminologie di capacità giuridica e di capacità di agire sono senz'altro estranee all'esperienza giuridica romana, anche se possono essere assunte per comodità come riferimenti per descrivere le situazioni soggettive, e tenendo conto che non sempre è facile, con un procedimento *a posteriori*, stabilire se una incapacità vada interpretata sotto l'uno o l'altro profilo (vedi § 9).

Capacità giuridica è l'idoneità ad essere titolari di diritti e doveri giuridici; di contro la capacità di agire esprime l'idoneità del soggetto a porre in essere validamente un'attività rilevante per il diritto. Di norma la capacità di agire segue la capacità giuridica. È possibile tuttavia che l'attività di soggetti giuridicamente incapaci, come gli schiavi e i sottoposti nell'ambito familiare, sia giuridicamente rilevante.

La capacità giuridica, che spetta tendenzialmente ai liberi, manca agli schiavi. La capacità di agire manca a chi non ha le necessarie attitudini psicofisiche, come gli infanti e i malati di mente, che pure, sussistendo gli altri presupposti, sono soggetti di diritto, giuridicamente capaci.

[**capax**] Non romano è il termine “capace” in questo significato. Con *capax* si indicava, nel particolare contesto del diritto ereditario, la condizione di chi, dopo la legge Furia testamentaria e le leggi augustee, poteva validamente prendere (*capere*) a causa di morte (cap. VII § 2).

Pur fatte queste premesse, il ricorso alle categorie della capacità, giuridica e di agire, seppure ai romani terminologicamente ignote e da loro dogmaticamente non

elaborate, è di grande utilità per la descrizione e l'inquadramento della fenomenologia relativa alla titolarità e alla dinamica dei diritti.

[esistenza della persona:] Il diritto delle persone è dunque (a parte la collaterale e non ben elaborata tematica delle “persone giuridiche”) il diritto degli esseri umani. Preliminare a ogni indagine relativa alla capacità è quindi la verifica dell'esistenza, in concreto, di un essere appartenente alla specie umana.

L'uomo comincia ad esistere al momento della nascita. Ad esso si antepongono gli eventi del concepimento, individuabile approssimativamente retrodatando dal momento della nascita, e della gestazione, in cui si compie lo sviluppo dell'essere che poi verrà alla luce.

[(rilevanza del concepimento)] Il momento del concepimento è rilevante, seppure non nel senso generale voluto da un'elaborazione successiva, per cui “il concepito è ritenuto come già nato”, sorta su un'affermazione di Salvio Giuliano: “quelli nell'utero sono considerati in quasi tutto il diritto civile come se fossero al mondo” (D. 1.5.26). L'enunciazione va correttamente intesa all'interno di un discorso volto a tutelare le aspettative ereditarie.

Il periodo prenatale è appunto preso in considerazione dal diritto al fine di tutela delle aspettative successorie del nascituro. Il pretore nomina infatti un “curatore del ventre” per i beni del nascituro a lui riservati per la morte del padre e la cui attribuzione si compirà al momento della nascita.

La rilevanza della condizione di concepito è in questi casi funzionale e subordinata al suo venire alla luce: in sostanza si tutelano aspettative che si realizzeranno quando verrà ad esistenza.

Ci si può ulteriormente chiedere se quello che è nell'utero sia già tutelato come soggetto autonomo e se il fatto del concepimento surroggi per qualche verso la nascita ai fini dell'attribuzione della soggettività giuridica.

[separazione] L'impostazione dei romani fu nel senso che di soggetto autonomo di diritto, e non di aspettativa tutelata, si potesse parlare solo al momento della nascita, individuata nella separazione dal corpo della madre. Prima il feto è solo una parte delle viscere materne, e solo con la separazione acquista autonomia, realizzandosi allora quella che è la speranza della nascita di un essere umano con il corredo dei diritti riservatigli condizionatamente.

Questa concezione, sostenuta in particolare dai filosofi stoici, per cui solo col distacco dal corpo materno il feto comincia a vivere di vita autonoma animandosi per la respirazione, si contrappone all'opinione, sostenuta dai medici, che ritiene già il feto un essere vivente, dottrina peraltro divisa tra chi faceva coincidere l'inizio della vita col concepimento e chi la faceva iniziare dopo qualche tempo.

[(procurato aborto)] La prevalenza del primo indirizzo si riflette anche sull'eterno e controverso problema del procurato aborto, che viene eventualmente sanzionato come offesa non al diritto alla vita del nascituro, ma a una norma penale o ad altro diritto, come quello del padre a non essere privato della discendenza. Diversamente dal diritto secolare le religioni sanzionano il procurato aborto: per il pensiero cristiano esso è concettualmente equiparato all'omicidio.

Per l'esistenza dell'individuo occorre dunque la separazione, rilevando peraltro

la condizione di concepito, oltreché per la riserva di diritti per il momento della nascita, anche, come vedremo (§ 3), per la determinazione dello *status* di libero o di cittadino del soggetto.

[vita] In secondo luogo, per l'esistenza di una persona fisica occorre che l'essere separato sia vivo. I nati morti non sono considerati né nati né procreati. La prova della vita consisteva, secondo i Proculiani, nell'emissione di un vagito; per i Sabiniani, la cui opinione fu accolta da Giustiniano, era sufficiente qualsiasi manifestazione di vita. **[vitalità]** A questo requisito si collega quello della “vitalità”, cioè dell'idoneità del nato a una vita extrauterina. Quando a brevissima distanza dalla nascita segua la morte e questa non vada attribuita a fatto accidentale, si pone il problema se dare rilevanza a quell'esistenza.

Infatti, ancorché vivo per breve tempo, il nato può essere inidoneo alla vita. Ciò avviene quando non si è avuta una regolare gestazione (tra i sette e i dieci mesi, secondo l'autorità di Ippocrate). Così, chi, nato prima del settimo mese, sopravvive, com'è di norma, per poco, manca del requisito della vitalità e sarà considerato aborto, mai venuto ad esistenza.

È appena il caso di sottolineare l'importanza di stabilire se, anche per brevissimo tempo, la persona sia esistita; pensiamo al chiamato all'eredità: il nato sarà o no erede, con le conseguenze diverse quanto alla devoluzione del patrimonio.

[forma umana.] Come ulteriore requisito per l'attribuzione della qualità di persona si richiede che il nato abbia forma umana, partecipi cioè alle caratteristiche della specie umana, per cui il diritto è predisposto.

Il nato non deve essere un *monstrum*, un *prodigium*, un *ostentum*, un *portentum*: vocaboli con cui si indicano creature mostruose, straordinarie, anomale.

Questi esseri non solo sono giuridicamente inesistenti ma di essi il diritto antico impone l'eliminazione. La loro nascita non interessa solo l'ambiente familiare: come risulta dai vocaboli (vedi “*monstrum*”: da *monère*, ammonire) sono un segnale per la collettività, sovente di sventura. Vanno allora eliminati. Le XII tavole (IV.1) imponevano al padre di famiglia di uccidere alla nascita chi presentasse una grave deformità. In taluni casi l'eliminazione doveva osservare, ad evitare conseguenze funeste, un preciso rituale: così è per gli ermafroditi che, prima di essere ricercati (come testimonia Plinio: *N.H.* 7.3[3].34) quali oggetto di piacere, venivano anticamente abbandonati in mare.

Nei testi giuridici si distingue tra nati mostruosi e deformati: la semplice deformità (le sei dita degli esempi degli interpreti bizantini) ne permette l'assunzione nel novero dei figli. In diritto classico il nato mostruoso non giova alla madre ai fini del *ius liberorum* (§ 14; cap. VII § 4); diversamente, forse, ai fini delle leggi caducarie (§ 10). In diritto giustiniano l'affermazione, inserita nel Digesto (50.16.135), che il nato mostruoso va a vantaggio della madre, è assunto come principio generale, con qualche rilevanza pratica.

[estinzione della persona] La persona fisica si estingue con la morte, identificata con la cessazione delle funzioni vitali. Dalla morte discendono conseguenze per altri soggetti: si apre infatti la successione, ha origine l'obbligo del lutto per i parenti stretti, inizia il periodo entro cui la vedova non può passare a seconde nozze.

Rilevante per il diritto, in particolare quello delle successioni, è stabilire l'ordine temporale dei decessi. Per l'ipotesi di commorienza, quando in uno stesso evento siano decedute più persone e non sia accertabile la successione delle morti, operano talune regole, risultanti dai testi della compilazione, opera dei giustinianeî forse sulla base di indicazioni derivanti da decisioni precedenti. Così, ferma la regola generale della non sopravvivenza dell'una all'altra, si presumono sopravvissuti i genitori ai figli impuberi, i figli puberi ai genitori e, a fini dotali, il marito alla moglie.

[stato civile] Per l'accertamento della nascita e della morte non vigeva un sistema simile al nostro. A parte tendenze provinciali, non vi furono obblighi di dichiarazione di morte in registri dello stato civile, spettando la prova della morte a chi ne aveva interesse, e, per quanto riguarda la denuncia della nascita, solo a partire dal periodo imperiale venne in uso, ai fini previsti da talune norme, e con sola funzione probatoria, di compierla davanti ai magistrati e di registrarla. Anticamente obblighi di denuncia della situazione familiare (personale e patrimoniale) erano imposti dai censori in occasione del censimento quinquennale. Tali dichiarazioni comportavano conseguenze come la liberazione del servo (vedi § 3) o la prova dell'esistenza di un matrimonio legittimo.

[condizioni per la capacità] L'esistenza della persona fisica è condizione necessaria ma non sufficiente perché si abbia un soggetto di diritto. Non solo la capacità giuridica non è conseguente all'appartenenza alla specie umana; ma si modella altresì secondo gradi di diversa e crescente portata che si rifanno principalmente (ma non esclusivamente: vedi § 9), all'appartenenza agli *status* rispettivamente di libero, di cittadino e di non sottoposto ad alcuno nell'ambito familiare.

Primario requisito per godere della capacità è l'appartenenza allo *status* (condizione) di libero. Fondamentale distinzione fra gli uomini è infatti quella tra liberi e servi: tutti sono esseri umani, persone, ma solo i primi sono soggetti di diritto, hanno un variabile grado di capacità giuridica.

Onde fruire di una più larga sfera di capacità, alla libertà deve aggiungersi il requisito della cittadinanza romana. Nell'ambito del diritto pubblico il dato è essenziale, essendo riservati i diritti politici ai *cives*, ma anche nel diritto privato vari rapporti sono riservati ai cittadini. Si tratta di quelli connessi agli istituti di *ius civile*, mentre quelli che hanno fondamento nel *ius gentium* possono spettare anche agli stranieri (*peregrini*).

Inoltre, ai fini della capacità nell'ambito privatistico occorre non essere soggetto ad alcuno nell'ambito familiare, essere cioè *sui iuris*. *Sui iuris* è il *pater familias* e comunque chi non è né in potestà, né soggezione all'interno della famiglia romana. Così il *filius familias* non è, almeno in origine, come persona in potestà, capace, essendo unico titolare di diritti e obblighi il suo *pater familias* che non ha nessuno sopra di sé.

Essere liberi, cittadini e *sui iuris* è dunque, in assenza di cause particolari di esclusione della capacità (vedi § 9), condizione per la piena capacità giuridica. Va precisato tuttavia che mentre la libertà fu sempre requisito minimo per la capacità, la cittadinanza e lo stato di *sui iuris* non ebbero pari importanza giacché lo straniero fu partecipe delle norme di *ius gentium* e il sottoposto familiare acquistò progressiva-

mente autonomia.

[la “*capitis deminutio*”:] Come può venir meno la vita, portando alla scomparsa del soggetto di diritto, così possono venir meno le condizioni di libertà, di cittadinanza, di appartenenza a un gruppo familiare. Accanto alla morte fisiologica, il diritto romano conosce una specie di morte civile che però, a differenza di quella, presenta tre gradazioni, corrispondenti ai tre gradi già veduti di *status* (di libertà, di cittadinanza, di famiglia).

La “*capitis deminutio*”, espressione intraducibile e discussa nel significato, indica il cambiamento di *status*, conseguente alla perdita della libertà (c.d. *maxima*), della cittadinanza (c.d. *media*), ovvero alla mutata posizione nell'ambito familiare (c.d. *minima*). La massima comprende le altre due, e la media implica la minima.

[*maxima*] La *capitis deminutio* massima si ha allorché un libero diventa schiavo. Il soggetto cessa di esistere per l'ordinamento; rimane nella sua fisicità, ma solo come oggetto di diritto.

[*media*] La *capitis deminutio* media si ha per la perdita della cittadinanza, come per l'irrogazione di una pena criminale. Il soggetto di diritto resta tale, ma cessa di appartenere al consorzio dei cittadini.

[*minima*.] La *capitis deminutio* minima si ha per il cambiamento di *status* familiare, come nel caso di adozione o di rinuncia del *pater familias* alla sua potestà sul figlio (emancipazione). Il soggetto resta libero e cittadino, ma è come morto per quella famiglia, per il venir meno del vincolo civilistico dell'agnazione.

L'affermazione che si ritrova nelle fonti, per cui la *capitis deminutio* va equiparata per diritto civile alla morte (Gai. 3.153), è ben comprensibile. In tutti i casi il soggetto muore come libero, o come cittadino o come membro di un gruppo familiare, per ritrovarsi con un *status* diverso. Troveremo di frequente la *capitis deminutio*, in quanto riflette la perdita di uno *status*, come causa di estinzione di diritti in capo a un soggetto, nelle conseguenze solo quantitativamente diversa dalla morte fisica che invece libera da tutto (*mors omnia solvit*).

[le persone giuridiche:] Il tema delle persone fisiche richiama inevitabilmente quello della “persona giuridica”. Un'avvertenza preliminare è in proposito indispensabile e nasce dalla non corrispondenza sul piano dogmatico delle due formulazioni, in quanto, mentre con persona giuridica intendiamo un centro di imputazione di diritti e doveri, la persona fisica non necessariamente è tale, non essendo attribuita, come si è visto, dall'ordinamento la soggettività giuridica ad ogni essere umano.

Invero la terminologia di “persona giuridica” non è romana, ma di epoca successiva, quando la persona umana, intesa come provvista di soggettività, venne assunta come modello per la costruzione della nuova nozione.

Per dar conto di questa esperienza è utile rifarsi alla distinzione tra corporazioni e fondazioni.

[*corporazioni*] La corporazione è la persona giuridica su base associativa, in cui più persone sono riunite per una funzione o uno scopo in una entità, i diritti e doveri della quale sono considerati distinti da quelli dei componenti.

La corporazione vive automaticamente rispetto alle singole persone che la com-

pongono, e da esse di distingue. A proposito del popolo romano il giurista Alfeno (D. 5.1.76) afferma che è sempre lo stesso di cento anni prima, anche se non sono più vivi quelli che allora ne facevano parte. L'identità dell'ente (*universitas*: cap. V § 2) non muta quindi per il mutare dei singoli componenti.

La corporazione è centro di imputazione diverso e autonomo rispetto ai suoi componenti: quello che è dovuto all'ente – dice Ulpiano (D. 3.4.7.1) – non è dovuto ai singoli componenti, né questi sono tenuti a ciò che è tenuto l'ente.

I romani tuttavia, più che un modello generico e unitario di corporazione, presero in considerazione, tendenzialmente in vista del perseguimento di interessi collettivi, singole tipologie associative: quali il popolo romano, gli enti cittadini (*civitates*), i collegi.

Il popolo romano (lo Stato) è il tipico ente su base associativa. È titolare di diritti e conclude negozi che tuttavia, anche quando ricalcano lo schema privatistico, hanno una connotazione particolare che deriva dalla sua posizione di supremazia.

Gli enti minori su base territoriale (*civitates, municipia, coloniae*) sono invece caratterizzati dalla dimensione privatistica che possono assumere i rapporti facenti loro capo (cfr. D. 50.16.16: “le città sono considerate in luogo dei privati”).

I collegi infine sono prodotti dalla volontà dei singoli di costituire associazioni con capacità di diritto privato per un fine mutualistico, religioso, di assistenza ai funerali o per riunire gli esercenti similari attività commerciali o artigianali. Tre persone bastano per la loro costituzione. Questa manifestazione di autonomia fu tuttavia ostacolata per ragioni politiche e di ordine pubblico (in particolare sotto Augusto). Nel diritto postclassico l'appartenenza a un collegio su base professionale ebbe carattere coattivo.

[fondazioni.] Accanto alle corporazioni la dottrina delle persone giuridiche ci offre la figura della fondazione, il patrimonio senza titolare destinato a uno scopo duraturo.

Si ritiene che i romani non abbiano spinto il processo di astrazione sino a riconoscere una soggettività giuridica a un patrimonio privo di un soggetto. Tuttavia, quantomeno in diritto giustiniano e con riferimento a due ipotesi (eredità giacente e opere pie), si è ritenuto di individuare se non altro le premesse della figura moderna della fondazione.

Eredità giacente è il patrimonio ereditario in attesa della persona cui spetta (cap. V § 7). In varie fonti viene considerata come titolare di diritti. In un testo del Digesto si afferma che essa sta in posto di una persona (D. 46.1.22). I sospetti di interpolazione che gravano su questi testi non impediscono di ritenere che la dottrina abbia spunti classici.

Prescindendo da questa fattispecie, specifica e discutibile, il raggiungimento di una sia pur vaga nozione di fondazione potrebbe discendere dal regime ultimo delle opere pie (*piae causae*), con cui si inquadrano nel periodo cristiano finalità assistenziali i cui precedenti erano già nella prassi delle epoche anteriori.

Si tratta di patrimoni che per spirito di liberalità un benefattore lascia ai vescovi o alle chiese perché vengano impiegati a scopi assistenziali (ospedali, brefotrofi, gerontocomi, ospizi per pellegrini). Questi patrimoni, dapprima rientranti nel patri-

monio del soggetto delegato all'amministrazione secondo le modalità del disponente, vengono talora intesi come autonomi centri di imputazione, sino a poter ricevere per testamento o stare in giudizio in nome proprio.

Dal marginale settore degli enti torniamo alla persona fisica la cui capacità giuridica, o potenziale titolarità di diritti e obblighi, discende dalla sua posizione quanto alla libertà, alla cittadinanza e al gruppo familiare.

2. La schiavitù

[la principale partizione delle persone] I massimi istituzionisti, Gaio e Giustiniano, concordano non solo nell'anteporre a tutto il diritto delle persone, ma anche nel proporre come fondamentale distinzione, *summa divisio personarum*, quella tra liberi e schiavi. Tra i liberi poi si impone l'ulteriore partizione, rilevante per la capacità, tra ingenui e libertini.

I primi sono nati liberi, gli altri sono quelli liberati dalla schiavitù.

Tra liberi e schiavi teoricamente la contrapposizione è assoluta. I primi sono soggetti di diritto, i secondi oggetto. Quando Gaio (2.13) fa esempi di cose corporali, "quelle che si possono toccare", menziona l'oro, l'argento, la veste, lo schiavo (*homo*). Questo è dunque giuridicamente una cosa, oggetto di disposizione da parte del padrone.

Tuttavia egli è un essere che partecipa della natura umana, può vivere, comprendere e operare come un libero. La sua inesistenza giuridica è in fondo una forzatura che si deve scontrare con l'incontestabile appartenenza di tutti, liberi e schiavi, alla specie umana.

[riflessioni antiche sulla schiavitù] Di questa contraddizione si fa in particolare interprete Giustiniano, che a più riprese sottolinea la contrarietà dello stato di schiavitù rispetto al diritto naturale (cap. I § 8).

Gli uomini sarebbero per natura in una condizione di uguaglianza; è il diritto comune a tutti i popoli ad imporre la schiavitù, contro natura. Sono state le guerre a produrla, dice Giustiniano. Queste sono invero il mezzo per procurarsi, con la sopraffazione, la forza lavoro indispensabile per le produzioni agricola e industriale.

La necessità economica, non diversamente da altre epoche, impone dunque la schiavitù nel mondo antico.

La speculazione filosofica tuttavia fin dall'inizio si interroga sull'istituto. Un'impostazione, che ha il suo principale rappresentante in Aristotele, ritiene che la distinzione tra liberi e schiavi sia conseguente alla stessa condizione degli uomini, di cui taluni sono nati per comandare e altri per servire. Nella diversità delle genti, si afferma nella *Politica* (1.1252 b), sta la prima motivazione: "barbaro e schiavo sono la stessa cosa".

Ma nei pensatori prevale generalmente un'idea diversa. Già i Sofisti rimarcano l'uguaglianza naturale di tutti gli uomini, e una simile ideologia attraversa tutta la letteratura greca. Ma è soprattutto lo stoicismo ad affermare la contrarietà alla natura dello stato servile, sottolineando che è la fortuna, e non una condizione intrin-

seca, a determinare la diversità tra gli uomini, togliendo quindi forza a un'impostazione di tipo razzistico. Questa corrente di pensiero determina l'insorgere di un sentimento di pietà e di solidarietà umana che trova a Roma la sua più lucida manifestazione nel pensiero di Seneca.

Va comunque osservato che anche i sostenitori della contrarietà della schiavitù allo stato di natura, pur ispirandosi a una teorica uguaglianza e a fini umanitari, non la rinnegano. Una società senza schiavi è fuori della dimensione di pensiero del mondo antico. Emblematico è il pensiero cristiano, che pure proclama l'uguaglianza e si nutre dell'adesione di masse servili. Nella prima lettera a Timoteo (6.1-2) San Paolo insegna: "tutti coloro che sono sotto il giogo della schiavitù stmino i loro padroni degni di ogni rispetto".

L'affermazione parte dall'imprescindibilità dei ruoli di padrone e di servo, il cui annullamento avverrà solo nella prospettiva escatologica in cui la devozione dei servi e la carità dei padroni saranno oggetto del supremo giudizio. La parte sostenuta nella vita è secondaria, conta il modo della recita. Anche il discorso cristiano non può affrontare una dimensione cui sia ignota la schiavitù, e il superamento delle sue peggiori implicazioni avverrà attraverso il richiamo all'ideale della solidarietà. Un mondo privo di schiavi è confinato nell'ambito ideale del diritto naturale.

[la condizione servile:] Gli schiavi sono in potere dei padroni, che su di loro esercitano la *potestas* cosiddetta *dominica* (per distinguerla dal potere esercitato sui discendenti: *patria potestas*).

La potestà dei padroni implica il diritto di vita e di morte sugli schiavi (*ius vitae et necis*) espressione insieme terribile e vuota giacché i suoi contenuti vanno precisati in ragione delle diverse epoche e situazioni. Essa sta comunque a significare un potere teoricamente illimitato e potenzialmente arbitrario.

La condizione servile si precisa in relazione alle varie epoche ed è determinata, oltreché dalle ideologie, principalmente da due fattori: il numero degli schiavi in circolazione e il livello di tensione del rapporto con i padroni.

[in antico] Anticamente gli schiavi sono pochi, di cui molti nascono in casa, e sono per razza e modo di pensare vicini ai loro padroni. Il trattamento è mite e, all'interno del gruppo familiare, soggetto al potere del *pater familias*, la loro posizione non si differenzia molto dagli altri sottoposti.

[nella fase di espansione] La situazione muta con le grandi vittorie e la conseguente espansione. Affluiscono a Roma e in Italia schiavi in enorme numero, diversi per razza, religione e tendenze. Non assimilabili ai padroni, sono una assoluta necessità per l'economia in espansione e l'agricoltura volta al latifondo, ma contemporaneamente rappresentano una minaccia per la tranquillità e l'ordine sociale.

La repressione e la crudeltà generano odio e ribellione. La rivolta di Spartaco (73-71 a.C.) è una vera e propria guerra. I seimila crocifissi sulla via Appia, tra Roma e Brindisi, dimostrano la vittoria ma non l'invulnerabilità dei padroni. **[il S.C. Silaniano]** Tra la fine della repubblica e l'inizio dell'Impero si ha il momento di massima tensione. Indicativa è l'emanazione del senatoconsulto Silaniano (solitamente dato al 10 d.C.). Rifacendosi ad un antico costume, la norma dispone la tortura e il supplizio degli schiavi dimoranti sotto lo stesso tetto, nell'ipotesi che il padrone sia pe-

rito di morte violenta. Si vuole supporre che gli schiavi siano in qualche modo, direttamente o indirettamente, coinvolti nell'uccisione. Di fronte all'ovvia osservazione che in questo modo periranno anche degli innocenti, un giurista romano risponde che c'è un solo mezzo per difendersi dal pericolo servile: il terrore. Passato il periodo di emergenza, il Silaniano venne poi ricondotto all'interpretazione giurisprudenziale e da interventi imperiali a termini di meno indiscriminata repressione.

[le contropunte umanitarie] Dopo questo culmine, l'età dell'Impero segna una progressiva tendenza a ridurre gli eccessi dei padroni e a mitigare la condizione servile. È fatto divieto, con una legge Petronia, di utilizzare gli schiavi per spettacoli del circo senza autorizzazione del magistrato. L'imperatore Claudio dispone che il servo malato abbandonato dal padrone presso il tempio di Esculapio, se guarisca, sia libero. Domiziano vieta la castrazione degli schiavi (l'eunuco è richiestissimo e di gran pregio), restandone peraltro liberi il commercio e l'importazione. Il divieto verrà poi reiterato dai successori. Adriano arriva persino a sanzionare con una pena criminale una padrona colpevole di ingiustificate crudeltà.

[i rescritti di Antonino Pio] Di Antonino Pio, infine, nel prevalere dell'ideologia stoica, sono due decisioni fondamentali. La prima riguarda l'uccisione del servo, di cui ci occuperemo più avanti. La seconda prende di mira la crudeltà dei padroni con un rescritto che, a testimonianza dell'importanza che gli venne riconosciuta, ci proviene da quattro diverse fonti, tra cui le Istituzioni di Giustiniano, dove è integralmente riportato.

Di fronte al caso di servi rifugiatisi presso le statue degli imperatori per sfuggire alla crudeltà dei padroni, l'imperatore dispone che questi siano costretti a venderli. Si interferisce nel rapporto dominicale, fino alla rottura del legame potestativo. Non si ha tuttavia un riconoscimento di diritti al servo e lo dimostra l'osservazione di Giustiniano in proposito: “è interesse dello Stato, che uno non usi male la cosa propria” (I. 1.8.2).

[il periodo cristiano] Varie disposizioni mitigano in periodo cristiano la condizione dei servi: se ne vieta la prostituzione, si dà rilevanza al vincolo di sangue fra schiavi, non si consente la separazione delle famiglie. Ma l'istituto, ancorché non rinnegato, si svuota dall'interno: scarseggiano gli schiavi e alle necessità produttive si provvede coattivamente vincolando i liberi all'esercizio di arti e mestieri e legando inscindibilmente i coltivatori liberi al fondo. Nasce il colonato, premessa alla servitù della gleba che affronterà, in modo formalmente diverso, le necessità della produzione agricola.

La stessa distinzione tra liberi e schiavi tende per vari aspetti ad annullarsi in quella tra persone di alta e bassa condizione (*honestiores* e *humiliores*).

[il favor libertatis giustiniano.] Per Giustiniano la schiavitù è cosa sgradevole, ma inevitabile; comunque ove possibile si favorisce l'acquisto della libertà. Il *favor libertatis* è uno dei criteri ispiratori del diritto delle persone.

Un esempio, in cui si vede anche il contrasto col diritto precedente, è nelle Istituzioni (2.7.4). Nel caso di liberazione di un servo comune, operata da uno solo dei condomini, quello non diventava libero e la quota di chi lo aveva liberato si accre-

sceva agli altri; invece con Giustiniano la volontà di uno dei comproprietari gli fa ottenere la libertà, spettando agli altri solo l'indennizzo. Il *favor libertatis* prevale sui loro diritti di proprietà (vedi anche cap. V § 9).

[lo schiavo: uomo e cosa] La natura giuridica di cosa attribuita allo schiavo va comunque precisata. Per definizione non rileva come soggetto di diritti sul piano del diritto privato e del diritto pubblico, ma il suo comportamento non è sempre senza significato ai fini giuridici. Egli è pur sempre in grado di operare in modo analogo all'uomo soggetto di diritto. Se lo schiavo si rende colpevole di un crimine, illecito lesivo di un pubblico interesse, sarà assoggettato a sanzione applicandosi generalmente in questo caso una pena più grave rispetto al libero. Se commette un delitto, illecito che lede un interesse privato, al pagamento della pena sarà tenuto il padrone, che potrà tuttavia liberarsi consegnando il colpevole al soggetto leso (*noxae deditio*: dazione a noxa, che si applica, almeno in diritto classico, anche per l'illecito del discendente [§ 6; cap. VI § 17]).

Nella sfera del diritto sacro si acuisce la contraddizione tra la natura umana e il regime giuridico di cosa. Lo schiavo è membro di corporazioni religiose, partecipa ai culti, fa sacrifici, giura e fa voti alla divinità. Non fa nessuna differenza, ai fini della qualificazione giuridica del luogo, se nel sepolcro riposi un libero o un servo (cap. V § 2).

La semplicistica antitesi tra soggetto e oggetto di diritto mostra qualche insufficienza. L'esistenza di una personalità umana fa superare, fuori dal campo privatistico, ogni rigido schema.

[tutela della vita del servo] Nel diritto criminale, da una certa epoca, l'uccisione di uno schiavo è parificata a quella di un libero.

La tutela della vita del servo è in origine affidata alla legge Aquilia, sotto il profilo del danno arrecato al padrone con la sua uccisione. Ma da epoca imprecisata, antecedente a Gaio, l'uccisore del servo altrui può soggiacere alla legge Cornelia sugli assassini (*de sicariis*), prevista per i liberi. In seguito una delle costituzioni di Antonino Pio, di cui si è detto, fa rispondere per la stessa legge chi abbia senza motivo ucciso il servo di sua proprietà. Tutela della personalità del libero e del servo sono sotto questo profilo equiparate.

[tendenziale rigidità del sistema privatistico] Il diritto privato non segue le tendenze della dimensione sacrale e criminale. Lo schiavo non ha diritti familiari, solo tardi riconoscendosi un valore alla parentela servile, non contrae matrimonio, essendo la sua solo convivenza (*contubernium*), non può avere successori (eccezionale è l'ipotesi del *servus publicus* che fa testamento su metà del suo peculio), non può reclamare per ingiurie (se del caso, reagirà il padrone: cap. VI § 21), non può stare in giudizio, e soprattutto non può essere titolare di rapporti patrimoniali, come essere proprietario o creditore.

[“capacità” del servo] Egli tuttavia può trovarsi parte di un atto giuridico i cui effetti vadano a vantaggio del padrone, in quanto, ancorché non titolare di diritti e doveri, agisce alla stregua di un libero. Non può aver nulla, però; e la regola vuole che qualunque cosa egli acquisti vada al padrone.

Si può dire che abbia una sorta di capacità di agire (come proiezione del padrone)

in funzione di un centro di imputazione di diritti diverso da lui. Il servo può essere parte di un contratto per cui la controparte si obbliga verso di lui a una prestazione che andrà a vantaggio del padrone. Questi acquista altresì la proprietà dei beni tramite il servo che tenga il ruolo di accipiente nei negozi traslativi del dominio (manipazione, *traditio*). Il servo può essere istituito erede e può accettare l'eredità dietro ordine del padrone (l'acquisto potrebbe non essere conveniente) facendo acquistare a lui. In generale il servo acquista al *dominus*, anche se questo non sa o non vuole, non potendo aver niente di suo (I. 2.9.3).

Irrilevante è invece il comportamento del servo quando ne deriverebbero conseguenze patrimonialmente pregiudizievoli al padrone. Nulla vale l'alienazione di un bene o l'assunzione di una obbligazione da parte sua.

I veduti principi per cui il servo non può essere titolare di diritti e quindi di patrimonio e non può obbligare il padrone vanno peraltro considerati, in fatto e in diritto, alla luce degli istituti del peculio e delle azioni “aggiuntive”.

[peculio] Si definisce peculio una entità patrimoniale lasciata dal padrone alla disponibilità dello schiavo. Consta di denaro o altri beni provenienti dal padrone, da terzi o dai piccoli traffici del servo.

In linea di diritto questi beni appartengono al padrone; lo schiavo infatti nulla può avere di proprio e, in qualunque momento, il suo rapporto con il peculio può essere troncato. Tuttavia, di fatto, la disponibilità di questa somma viene lasciata al servo, il quale arriva talora a ottenere la propria libertà offrendo al padrone la somma accumulata coi propri traffici.

Con questo “patrimonio di fatto” il servo può negoziare con i terzi, dando luogo a quel particolare rapporto che si definisce obbligazione naturale (cap. VI § 3). A tutela di questa non c'è lo strumento dell'azione, come nelle obbligazioni civili, ma ad essa vengono riconosciuti effetti, tra cui principalmente quello della “*soluti retentio*”, per cui non si può ripetere quanto pagato. Nell'obbligazione naturale, pur senza fornire mezzi di tutela, si riconosce lo stato di fatto conseguente all'adempimento.

Di conseguenza il peculio può accrescersi e diminuire ed essere la base, nei limiti sopra detti, per negozi con i terzi e con lo stesso *dominus*.

[azioni “aggiuntive”:] Il coinvolgimento del *dominus* per atti compiuti dal servo passa attraverso le azioni “aggiuntive” (*actiones adiecticiae qualitatis*, come furono chiamate nel medioevo). Esse sono predisposte dal diritto pretorio a tutela del terzo, in fattispecie per cui lo spontaneo adempimento del servo (con conseguente *soluti retentio* che impedisce al suo padrone di riavere indietro la prestazione) non sono tutela sufficiente. È questo il caso del negozio concluso dal servo in ossequio alla volontà espressa o presunta del padrone. Esse vanno direttamente contro il padrone, “aggiungendosi” così la sua responsabilità a quella naturale del servo.

Il problema della tutela del terzo nasce con lo sviluppo dei commerci che impone ai padri di famiglia, giuridicamente unici titolari di patrimonio, di servirsi dell'opera di sottoposti, non solo schiavi ma anche figli (e difatti il regime delle azioni adiectizie concerne schiavi e discendenti [§ 7]), per attività imprenditoriali. Lo schiavo (ovvero il figlio) traffica allora non per propria iniziativa, ma perché l'avente pote-

stà glielo ha ordinato. La salvaguardia per il terzo deve coinvolgere il padrone che, traendo i vantaggi dal negozio attraverso i sottoposti, deve rispondere delle conseguenze.

[exercitoria] L'azione *exercitoria* viene fornita contro l'armatore (*exercitor*) della nave, che ne abbia affidato il comando a uno schiavo di sua proprietà per le obbligazioni da questi contratte in conseguenza dell'incarico ricevuto. **[institoria]** Analoga azione, detta *institoria*, viene data contro il padrone che abbia preposto a una bottega o a un commercio come direttore (*institor*) il proprio servo. I terzi vedono nello schiavo un delegato del padrone che viene chiamato in causa per i debiti riconducibili alle esigenze di quelle gestioni. **[quod iussu]** L'*actio quod iussu* spetta per i debiti contratti dal servo dietro benessere del padrone (*iussus*) in ragione di uno specifico affare.

[de peculio] Il pretore fornisce al terzo ulteriori strumenti di tutela. In presenza di un peculio e mancando la volontà del padrone, per le obbligazioni assunte dal servo egli concede ai creditori, in ordine di presentazione, un'azione contro il *dominus* fino all'ammontare dell'attivo del peculio (*actio de peculio*). **[de in rem verso]** Se però il ricavo dell'affare sia entrato a far parte del patrimonio del padrone, risultando insufficiente il peculio, l'azione sarà nei limiti del suo arricchimento (*actio de in rem verso*).

[tributoria.] Sempre essendovi un peculio, se l'avente potestà era a conoscenza dell'attività del sottoposto, viene concessa ai creditori, paritariamente considerati, in caso di insolvenza, un'azione *tributoria*, qualora il padrone non distribuisca il peculio proporzionalmente ai crediti vantati (compresi i suoi, non essendo in questo caso dedotti anticipatamente dall'arrivo, come avviene nell'*actio de peculio*).

[azione diretta] Nella maggior parte dei casi all'epoca di Giustiniano è possibile agire direttamente (in diritto classico era necessario l'espedito della formula "con trasposizione di soggetti" [vedi cap. III § 9]) contro il padrone, come se l'affare fosse stato concluso con lui, ponendosi ormai il sottoposto alla stregua di un rappresentante.

3. Cause della schiavitù e acquisto della libertà

La schiavitù è conseguente alla nascita o a un evento successivo. Schiavi quindi si nasce o si diventa. Ugualmente, come liberi si nasce, così lo si può divenire in seguito. La condizione della nascita non segna necessariamente l'intera esistenza.

[schiavi si nasce] Schiavi nascono i figli di madre schiavi; liberi nascono i figli di madre libera. È la madre il riferimento per lo *status* del nato, come è regola di diritto delle genti.

Si guarda dunque al momento della nascita; tuttavia, già in diritto classico, il favore per la libertà permise di far capo al momento del concepimento nel caso della donna che fosse diventata schiava successivamente. Una tendenza giurisprudenziale si spinse poi a ritenere sufficiente che la donna fosse stata libera in qualsiasi momento tra concepimento e parto. In generale Giustiniano afferma che, per le que-

stioni relative allo *status* dei figli, va scelto il momento a loro più favorevole.

[schiavi si diventa: prigionia (*captivitas*)] La schiavitù può sopravvenire successivamente alla nascita per varie cause, tra cui principalmente la prigionia di guerra (*captivitas*). A questa si fa risalire l'origine della schiavitù e la sua spiegazione. La stessa etimologia di *servus* viene da Fiorentino collegata alla guerra, in quanto da una certa epoca i prigionieri sarebbero stati *conservati* e non più uccisi (I. 1.3.3). È istituto di diritto delle genti che l'ordinamento romano applica a favore e contro i cittadini romani, che fanno sì schiavi i nemici, ma da loro parimenti possono essere fatti schiavi.

Sono prigionieri di guerra i componenti le popolazioni nemiche, non essendosi arrese, vengono sottomesse con la forza delle armi. Bottino di guerra, sono venduti all'asta e aggiudicati ai privati come schiavi.

Anche il cittadino romano può diventare schiavo del nemico. Finché si trova prigioniero viene considerato dall'ordinamento romano come servo, con tutte le conseguenze. Tuttavia i suoi diritti sono irreparabilmente perduti solo col venir meno della sua persona. Di essi, considerati in stato di pendenza, è infatti possibile il riacquisto a seguito del ritorno in patria (*ius postliminii*).

[(*ius postliminii*)] In virtù del *ius postliminii* il prigioniero ritornato si ritrova nella situazione antecedente alla cattura, s'intende per quei rapporti che possono essere fatti rivivere (il possesso e il matrimonio, basati su una situazione di fatto, non si ricostituiscono automaticamente, salve, per il matrimonio, norme particolari in diritto giustiniano).

[(*lex Cornelia*)] Il romano morto in prigionia non può, come schiavo, avere eredi. Una legge Cornelia (81 a.C. circa) ammise tuttavia che il testamento fatto prima della cattura dal cittadino romano morto prigioniero, fosse valido.

La norma originò la cosiddetta *fictio* (finzione) *legis Corneliae*, per cui, riguardo ad ogni rapporto, si finge che chi non ritorna dai nemici sia morto al momento di cadere prigioniero.

[altre cause.] Schiavo il cittadino romano può divenire, oltretutto per cattura, anche a seguito di consegna ad altri popoli, come quella operata dalle autorità romane per responsabilità legata alla violazione di norme di “diritto internazionale”.

Fuori del territorio romano può essere venduto come servo anticamente anche l'insolvente (cap. III § 6) nonché il sottoposto a potere familiare con, per quest'ultimo, una reviviscenza nel diritto tardo (§ 6).

La schiavitù può essere conseguenza della commissione di un grave illecito ovvero di una condanna a pena criminale.

Secondo qualche giurista, diventava anticamente schiavo il ladro colto sul fatto (cap. VI § 18). In epoca risalente diveniva tale anche chi si sottraeva volontariamente al servizio di leva o al censimento.

Un senatoconsulto Claudiano (52 d.C.) rende schiava la donna che mantenga la relazione con il servo altrui, nonostante il proprietario abbia manifestato la sua opposizione. Il senatoconsulto verrà abrogato da Giustiniano.

Resta ancora, invece, nel diritto ultimo il caso, di origine pretoria, della riduzione in servitù, in favore del compratore ignaro, del maggiore di venti anni che, fingen-

dosi schiavo, si sia fatto vendere da un compare per condividere il prezzo.

In entrambi i casi si realizza tra i vivi una *successio*, vale a dire un passaggio in blocco dei beni (dalla donna o dal simulatore a chi acquista la potestà su di loro).

A partire dal mondo postclassico l'ingratitude dello schiavo liberato può poi portare alla revoca della libertà e al conseguente ritorno in schiavitù.

Talune condanne criminali hanno come conseguenza la perdita della libertà (la "morte civile"). La pena di morte, comunque irrogata, comporta automaticamente la schiavitù. Ad essa sono equiparate le condanne perpetue ai lavori forzati nelle miniere (*ad metalla*) o ai giochi del circo. I condannati sono schiavi senza padrone, detti perciò "servi della pena".

Giustiniano, nella Nov. 22, elimina la servitù per il condannato ai lavori forzati al fine di evitare lo scioglimento del matrimonio.

[liberi si nasce...] Liberi si nasce o si diventa. La libertà per nascita, che dà luogo alla condizione di ingenuo, consegue alla libertà della madre considerata nei già veduti modi. **[...e si diventa:]** Ma la libertà può essere ottenuta anche in un momento successivo, collocandosi allora il servo nella nuova condizione di libertino.

Lo stato di schiavitù può infatti cessare o per un atto del padrone esplicitamente volto a liberare lo schiavo – la manumissione – (ma talora anche per atti da cui si desume una volontà implicita) o per cause eterogenee non riconducibili alla volontà di liberazione del *dominus*.

Queste ultime hanno minore rilievo rispetto alla manumissione e sono disposte dall'ordinamento principalmente come premio per il servo o sanzione per il padrone.

[come premio] A seguito dell'applicazione del senatoconsulto Silaniano, ottiene in premio la libertà quel servo che abbia contribuito a svelare l'assassino del padrone. Diventa altresì libero, per costituzioni del periodo postclassico, il servo che abbia denunciato falsari di moneta o pubblicamente denunciato un crimine di rapimento o che abbia permesso la cattura di un disertore.

[come sanzione] È sanzionato con la perdita del suo diritto sul servo il padrone che lo abbia abbandonato malato, come si è visto sopra, contro la regola classica che non vorrebbe modificato il suo *status* in caso di abbandono, e chi abbia prostituito la schiava venduta con un patto che lo vietava.

Solo raramente, tuttavia, l'ordinamento si inserisce nei rapporti fra padrone e schiavo sino a determinare la perdita del diritto di proprietà. Questa è concepita in funzione privata e individualistica, onde è alla decisione del *dominus* che viene normalmente rimessa la libertà del servo.

[per manumissione.] L'atto con cui il padrone libera il servo si dice *manumissio*, in quanto rinuncia alla *manus*, termine che in antico designava il potere del capo della *familia* (termine quest'ultimo comprensivo di tutti i sottoposti, liberi e schiavi). La manumissione ha un duplice effetto: rende il servo libero e cittadino. **[manumissione giusta e legittima:]** Atto di rilevanza politica, deve svolgersi nella forma del *ius civile*, essere cioè *iusta et legitima*, per raggiungere lo scopo.

"Giusta e legittima" è la manumissione effettuata nei tre modi previsti: *testamento*, *vindicta*, *censu*.

[testamento] Tra le varie disposizioni di ultima volontà il testamento può contenere la dichiarazione che libera il servo. Va effettuata secondo la formula prevista (“Stico sia libero”) e può accompagnarsi alla nomina ad erede di costui.

In questo modo la libertà è data direttamente, e con l'accettazione dell'eredità da parte dell'istituito il manomesso diviene libero e liberto del testatore, in condizione privilegiata in quanto il manomissore è sottoterra (liberto orcino: da Orco, regno dei morti). Ma la libertà può essere data anche per fedecommesso (cap. VII § 11), rimettendosi il disponente con preghiera alla lealtà dell'erede per la manumissione. Questa strada avvantaggia l'erede, che acquista i diritti di patronato, ma dà meno garanzie allo schiavo, almeno finché il fedecommesso non diviene giuridicamente vincolante, con libertà per il servo disposta giudiziariamente in caso di inadempienza dell'erede.

Potendo la libertà essere disposta sotto condizione, l'ordinamento tutela il manomesso schiavo dell'erede in pendenza della condizione (*statuliber*, per cui si rinvia al cap. IV § 3).

[vindicta] La manumissione *vindicta* è atto tra vivi. Si svolge nei modi di un finto processo, attraverso lo schema della *in iure cessio* (vedilo in cap. V § 8). Davanti al pretore vanno il padrone, il servo, e un *adsertor libertatis* che sta in giudizio per lo schiavo. L'*adsertor*, già d'accordo col padrone, sostiene che quell'uomo è libero e il padrone non replica.

Il processo stabilisce e rende pubblico il nuovo *status* del servo, che sarà libero e cittadino. La *vindicta* è la bacchetta con cui lo schiavo viene toccato dall'*adsertor* nel momento in cui lo si dichiara libero.

[censu.] La *manumissio censu* consiste nell'iscrizione dello schiavo, con il consenso del padrone, nelle liste dei cittadini in occasione del censimento quinquennale (vedi § 1). È la registrazione all'anagrafe.

I caratteri originari dei modi legali mutarono variamente nel tempo. La *manumissio testamento*, sempre presente, non richiede, nel periodo ultimo, l'utilizzo di uno schema predeterminato. Quella *vindicta* si libera dalla necessità di un fittizio contesto processuale, potendo essere compiuta anche altrove (in teatro o alle terme, dice Gaio 1.20) e diviene poi una dichiarazione del padrone davanti al magistrato competente.

La *manumissio censu* scompare durante il principato seguendo le sorti del censimento, legato essenzialmente al funzionamento degli organi della repubblica.

[manumissione non “giuste e legittime”] Soltanto le manumissioni giuste e legittime comportano l'acquisto della libertà e della cittadinanza da parte del servo. La regola di diritto civile viene però sostanzialmente modificata dal diritto pretorio, che annette rilevanza alla volontà del padrone di liberare lo schiavo manifestata in forme diverse. Nella prassi infatti i padroni procedono alle manumissioni non solo attraverso i tre veduti modi, ma anche mediante dichiarazioni di volontà espresse davanti agli amici, in un banchetto o mediante lettera. Ciò nonostante, per diritto civile tutto questo non ha rilevanza, non essendo manumissioni giuste e legittime: per contro interviene il pretore, che considera gli affrancati in tal modo come liberi, difendendoli col negare l'azione al padrone che voglia obbligarli di nuovo a servire. Si

tratta però di una libertà di fatto, in quanto il pretore non può, contro le regole del diritto civile, dichiararli liberi. **[legge Giunia Norbana]** Il contrasto tra norme civilistiche e tutela pretoria viene risolto dalla legge tradizionalmente indicata come *Iunia Norbana* (Giunia Norbana) e collocata nel 19 d.C. In conseguenza di questa gli schiavi manomessi fuori dai modi previsti diventano liberi, ma non cittadini romani, acquistando la condizione di latini (precisamente, in forza della legge, latini giuniani [§ seguente]). Soffrono di limitazioni: non possono far testamento, prendere per testamento, fungere da tutori testamentari. Alla morte il padrone prende i loro beni, come un peculio; nel V secolo Salviano (*Adv. Avar.* 3.7) li descriverà come soggetti che vivono da liberi e muoiono da schiavi; per Giustiniano, che abolisce la categoria, “con l'ultimo respiro perdevano contemporaneamente vita e libertà” (I. 3.7.4).

I latini giuniani, come vedremo, scompariranno nella generale riforma giustiniana sulla condizione dei manomessi.

[incremento dei modi di manumissione] Per quanto riguarda le forme di manumissione, l'evoluzione, attenuatasi la rigidità del sistema, opera nel senso di un accrescimento del loro numero. In periodo cristiano si pratica particolarmente la *manumissio in ecclesia*, dichiarazione resa davanti all'assemblea dei fedeli, e Giustiniano prospetta ormai come modo di manumissione anche l'adozione del servo, col disporre che essa, pur non rendendolo figlio, ha l'effetto di liberarlo.

Ma la libertà al servo può pervenire ancora per altri modi di manumissione. Tuttavia, anche se il numero delle forme introdotte nel sistema si è accresciuto, resta sempre il carattere della “tipicità” della manumissione, per cui si riconosce effetto liberatorio alla volontà del *dominus* solo se questa si inquadra in uno dei meccanismi previsti dall'ordinamento.

[leggi limitatrici delle manumissioni:] La manumissione è atto discrezionale del padrone, manifestazione estrema del suo potere. L'ordinamento non può perciò condizionarne la volontà. Ciò nonostante, esigenze superiori interferirono per un lungo tempo con la libera facoltà del *dominus*.

La manumissione porta tra i liberi e cittadini persone di razza, cultura, abitudini diverse. Praticata illimitatamente può generare sovversione dell'ordine sociale e politico. Questa preoccupazione nasce in epoca augustea e conduce alle leggi che limitano le manumissioni. A queste non fu nemmeno estranea la volontà di contrastare la dissipazione dei patrimoni, a grave detrimento, fra l'altro, degli eredi.

[Fufia Caninia] Nel 2 a.C. viene emanata la legge Fufia Caninia che limita la facoltà di manomettere per testamento. Il numero degli schiavi affrancabili è una frazione che varia in rapporto al numero di schiavi posseduti (fino a due schiavi la manumissione è libera, da tre a dieci se ne può manomettere la metà, da undici a trenta un terzo, da trentuno a cento un quarto, da centuno a cinquecento un quinto, con un massimo di cento qualunque sia l'ammontare del patrimonio servile) con il correttivo che all'interno di uno scaglione se ne può manomettere almeno il numero massimo liberabile all'interno del precedente.

Gli schiavi devono esser indicati per nome, e i loro nomi scritti in ordine, onde si possa far valere la volontà del testatore fino al numero consentito. Se quindi, in frode alla legge, siano scritti in cerchio per non permettere di riconoscere un ordine,

non si applicherà il *favor libertatis* salvando tutta la disposizione, ma al contrario nessuno sarà libero.

[Elia Senzia.] La legge Fufia Caninia non riguarda le manumissioni tra vivi: a queste si rivolge la legge Elia Senzia (4 d.C.) che raggruppa più prescrizioni limitatrici.

Stabilisce che il minore di vent'anni, il quale, se pubere, può fare testamento, possa manomettere validamente solo *vindicta* e a seguito dell'accertamento dell'esistenza di una giusta causa (come legami di parentela o di familiarità col servo) operato da una speciale commissione.

Impone inoltre la stessa verifica nel caso di manumissione di un servo di età inferiore ai trent'anni. In mancanza, dopo la legge Giunia Norbana, i servi sono in questo caso nella condizione di latini giuniani.

Se siano manomessi schiavi di condotta turpe (come fuggitivi e quindi marchiati a fuoco, messi in catene, condannati per delitto) questi diventano liberi ma non ottengono la cittadinanza romana ma solo la condizione di stranieri arresi a discrezione (*peregrini dediticii*) (§ seguente), con il divieto di risiedere a Roma o entro le cento miglia senza poter mai acquistare la cittadinanza romana.

Da ultimo la legge vieta le liberazioni compiute in frode dei creditori o del patrono.

[il nuovo assetto giustiniano] La pratica applicazione delle leggi limitatrici delle manumissioni dovette alquanto ridursi nelle epoche successive, anche per la minor quantità della popolazione servile. Sono però formalmente ancora in vigore fino a Giustiniano che interviene riguardo a entrambe.

La legge Fufia Caninia viene senz'altro abrogata, ritenendosi ingiusta la limitazione imposta ai morenti (I. 1.7). Della Elia Senzia si salvano due disposizioni: quella che vieta la manumissione in frode dei creditori, su cui ci si sofferma ampiamente (I. 1.6), a dimostrazione dell'evoluzione dell'interesse del legislatore dagli originari risvolti pubblicistici a quelli privatistici, e quella che concerne il manomissore in giovane età.

A questo proposito tuttavia Giustiniano interviene direttamente nelle Istituzioni abbassando l'età per poter manomettere per testamento a diciassette anni, via di mezzo tra quattordici e venti, e arrivando poi nelle Novelle ad ammettere, ferme restando le prescrizioni relative alla manumissione tra vivi, la liberazione per testamento a partire dall'età in cui è possibile farlo (quattordici anni).

Ma Giustiniano dispone una ulteriore semplificazione. Infatti a seguito delle vedute leggi sulle manumissioni (Elia Senzia e Giunia Norbana) non tutti gli affrancati acquistavano, come in precedenza, la cittadinanza romana, diventando taluni peregrini deditici (per la legge Elia Senzia) e altri latini giuniani (per la legge Giunia Norbana). Giustiniano, osservato che queste condizioni, ancorché sopravvissute alla *Constitutio Antoniniana*, erano cadute in desuetudine, ritorna al sistema precedente le leggi e, messi nello stesso piano tutti i modi di manumissione e tolta ogni distinzione relativa agli schiavi, decreta per tutti i libertini l'acquisto della cittadinanza romana.

[condizione dei libertini] Gli schiavi liberati rientrano nella categoria dei libertini, e sono, come liberi, in un particolare rapporto di subordinazione nei confronti di chi

li ha manomessi (il patrono).

I libertini sono in condizione di inferiorità rispetto ai nati liberi (*ingenui*), differenziandosi da questi in tal misura, da far dire a Ulpiano che gli uomini non si dividono in due, ma in tre categorie (D. 1.1.4).

Soffrono limitazioni nel campo del diritto pubblico, come l'esclusione dal senato e da alcune cariche e, quantomeno dall'epoca augustea, anche di incapacità in ordine al matrimonio con talune classi di persone. Tutte queste limitazioni appaiono introdotte dagli *ingenui* come strumento di discriminazione nei confronti di una classe di persone che, nonostante i natali servili, riesce spesso a conquistare posizioni di preminenza e soprattutto cospicui patrimoni.

L'aspetto deteriore della condizione di liberto si coglie con riferimento alla sua posizione nei riguardi del patrono.

Nei confronti di questi egli è infatti vincolato da una serie di obblighi di natura personale e patrimoniale.

Sotto il primo profilo gli deve ossequio, onore, riverenza; non gli è concesso di intentare determinate azioni contro di lui. Il patrono è considerato alla stregua di un padre: le mancanze nei suoi confronti sono punite severamente e la sua uccisione è considerata parricidio. Tra i due si afferma un obbligo agli alimenti. L'ingratitude verso il patrono porta, in diritto postclassico, alla revoca del beneficio della libertà.

Con riguardo alla sfera patrimoniale il liberto è tenuto a opere, donativi e prestazioni già conseguenza di obbligo morale, ma talora giuridicamente imposti con giuramento o stipulazione al momento della manumissione.

Infine il patrono ebbe, in assenza di discendenti e, in determinati casi, a seguito dell'intervento del pretore e della *lex Papia*, anche in concorso con essi, un diritto di successione sui beni del liberto.

[attribuzione dell'ingenuità:] Tra la condizione di libertino e di ingenuo non c'è comunicabilità. Tuttavia dall'età imperiale, a seguito delle istanze dei libertini, si affermano modi di attribuzione dell'ingenuità, vera o fittizia.

[diritto agli anelli] L'imperatore concede il *ius aureorum annulorum* ("diritto agli anelli d'oro"), per cui i libertini possono portare gli anelli, distintivo tipico di quell'ordine di cavalieri cui i libertini non potevano accedere.

In questo modo, dicono le fonti, non acquistano lo *status* di *ingenui*, ma solo un'apparenza, socialmente appagante, che però non esclude i diritti del patrono.

[ricostruzione della nascita] La *natalium restitutio* ("ricostruzione della nascita"), concessa dall'imperatore, mette invece il libertino nella condizione di chi è nato libero, liberandolo dagli obblighi del patronato.

Giustiniano, che già aveva dato un'unica condizione ai manomessi, in qualunque modo pervenuti alla libertà, affronta nelle Novelle il rapporto tra libertini e *ingenui*.

[semplificazione giustiniana.] Motivando con le continue richieste di concessione del diritto agli anelli e della *natalium restitutio*, l'imperatore decide la loro attribuzione automatica al momento della manumissione. Quindi a partire dalla Nov. 78 (del 539) la libertà implica l'ingenuità. Con questa viene meno la distinzione tra *ingenui* e libertini. Restano peraltro, nei termini fissati da Giustiniano, gli obblighi del

liberto verso il patrono e i diritti di successione.

4. La cittadinanza

[lo *status* di cittadino] La condizione di libero identifica la persone come soggetto di diritto, ma la titolarità piena di diritti e obblighi all'interno dell'ordinamento consegue solo, in assenza di altre situazioni limitatrici legate alla condizioni familiari o a cause particolari (vedi § 9), allo *status* di cittadino.

È tale chi è membro della comunità politica romana, quale cittadino di Roma (*civis Romanus*). La semplice appartenenza al mondo romano non attribuisce, almeno sino alla *Constitutio Antoniniana*, tale qualifica. All'interno della entità politica che Roma sempre più estesamente assoggetta al proprio dominio si trovano infatti situazioni ampiamente differenziate quanto ai soggetti liberi. Di questi solo una parte ha il privilegio di partecipare della cittadinanza romana, con i connessi vantaggi. “Sono cittadino romano” dice in una difficile situazione l'apostolo Paolo (*Atti* 22.25) al centurione che vuole procedere contro di lui, e tanto basta per garantirgli l'incolumità.

Seguendo la strategia di dividere per comandare, i romani differenziano, all'interno dello Stato, la condizione giuridica delle varie entità politiche. La cittadinanza romana, concessa come premio alle collettività e ai singoli, è strumento di potere e di controllo.

Prescindendo qui dalle conseguenze sul piano della capacità di diritto pubblico, l'appartenenza alla comunità dei cittadini romani ha come fondamentale conseguenza la possibilità di fruire delle norme tipiche ed esclusive dell'ordinamento romano. Solo per i cittadini vige il *ius civile*, il diritto proprio dei romani. [gli stranieri (*peregrini*)] Gli stranieri sono ammessi a fruire unicamente del diritto delle genti e solo tramite gli istituti derivanti da questo sono ammessi a negoziare con i cittadini romani.

Questo limite comporta una ridotta capacità sotto il profilo del diritto privato (in aggiunta a tutte le limitazioni del diritto pubblico). Così lo straniero di regola non può fare testamento, né per testamento ricevere, né contrarre matrimonio civilmente valido. Può però concludere con un romano una compravendita, contratto di diritto delle genti.

Tuttavia la maggior snellezza degli istituti di *ius gentium* e le esigenze dei traffici favoriscono la diffusione, a scapito delle figure civilistiche, del sistema di *ius gentium*, che trova sempre maggior riconoscimento anche nei rapporti fra i romani.

Il venir meno o il ridimensionamento delle figure negoziali più antiche legate al *ius civile* e la corrispondente affermazione del sistema del *ius gentium*, soprattutto con riferimento all'attività negoziale legata ai commerci, comportano nella pratica, sul piano privatistico, una differenziazione tra le posizioni del cittadino e dello straniero meno evidente di quanto appaia in astratto. Del resto la contrapposizione tra cittadino e non cittadino viene temperata attraverso la concessione del *commercium* e del *conubium*.

[commercium e conubium] Il *commercium* attribuisce la facoltà di compiere negozi di diritto civile, essenzialmente legati alla mancipazione (cap. V § 8), mentre il *conubium* (vedi la nozione al § 10) permette di contrarre un matrimonio giusto e legittimo.

Allo *status* di cittadino romano si contrappone quindi quello di straniero (*peregrinus*). In origine questo termine indica l'appartenente a una comunità diversa. Se con questa non vi è un rapporto di carattere pacifico, è sprovvisto di qualunque diritto e tutela. Ma se la sua patria è in pacifici rapporti con Roma, è ammesso alla conclusione di negozi di diritto delle genti.

Quando l'estensione delle conquiste di Roma porta questi popoli sotto il suo dominio, il termine "straniero" non identifica più l'appartenente a una entità politica diversa, ma l'appartenente a una comunità soggetta a Roma. Con *peregrinus* si indica quindi, in un secondo tempo, uno *status* all'interno del mondo romano e precisamente la condizione di membro di una comunità che si è volontariamente sottomessa a Roma e che, pur non acquistando la cittadinanza, mantiene autonomia, le sue leggi e i suoi costumi. **[peregrini dediticii]** Chi ha lottato contro Roma e si è poi arreso a discrezione del vincitore è invece nella condizione di peregrino dediticio, libero ma non autonomo e gravato da limitazioni. Peggio ancora stanno coloro che, combattendo contro Roma, sono stati vinti con la forza e quindi sono divenuti, fatti schiavi, bottino di guerra.

[i latini] In una condizione a metà strada fra i romani e gli stranieri stanno i latini. Anticamente il termine indicava gli abitanti del Lazio, legati a Roma da un particolare rapporto di razza e vicinanza. Hanno con i romani il *commercium* e il *conubium*, si trovano quindi in una situazione di privilegio. Lo *status* di latino con limitazioni, come relativamente al *conubium*, fu poi concesso ai componenti di colonie create da Roma (*Latini coloniarii*), anche se costituite da cittadini romani. Questa condizione di latino fu utilizzata, al di fuori dell'appartenenza a una comunità, per gli schiavi manomessi nei modi non legittimi o se minori di trent'anni senza la prescritta autorizzazione, a seguito della legge Giunia Norbana, con ulteriore aggiunta di limitazioni (vedi § precedente).

La favorevole situazione dei latini è dimostrata anche dalle facilitazioni offerte dall'ordinamento per far loro acquistare la cittadinanza romana. Sotto l'impero diventa, tra l'altro, cittadino romano per finalità politico-economiche il latino che abbia servito a Roma per un certo numero di anni nel corpo dei vigili, abbia per anni portato frumento a Roma, abbia speso metà del suo cospicuo patrimonio per edificarvi una casa, abbia per anni a Roma macinato grano.

[la Constitutio Antoniniana] La varietà di situazioni rispetto alla cittadinanza viene sostanzialmente annullata per effetto della *Constitutio Antoniniana* (212 d.C.). Il provvedimento di Caracalla sposta il criterio di attribuzione della cittadinanza a livello territoriale: "do dunque a tutti gli abitanti dell'impero la cittadinanza romana". I confini coincidono con la romanità; sono stranieri quelli che vivono fuori di essi. I non eccelsi motivi (fiscali?) determinanti il provvedimento si sublimano nella prospettiva universalistica. L'Urbe – dice il poeta (Rutilio Namaziano, *De reditu* 1.66) – è diventata Orbe. Si annullano teoricamente le residue differenze sul piano del diritto

privato, salvo sopravvivenze di fatto di diritti locali.

Sul piano del diritto pubblico tuttavia il riconoscimento dell'uguaglianza nella cittadinanza si sposa con l'evoluzione dello Stato in senso assolutistico. La nuova ideologia concepisce il cittadino non più quale membro di una comunità di appartenenti a un'organizzazione politica ma come soggetto sottoposto a una autorità assoluta: in definitiva l'uguaglianza politica anticipa la condizione di suddito.

La cittadinanza romana abbraccia tutti: ne restano esclusi i latini giuniani e i peregrini deditici, ancora menzionati da Giustiniano come in precedenza formalmente ancor presenti nel sistema.

[acquisto della cittadinanza: a) per concessione del potere pubblico] Il provvedimento di Caracalla è l'atto conclusivo di un processo risalente volto alla progressiva estensione della cittadinanza attraverso concessioni operate su base collettiva da parte del potere politico. Queste furono conseguenti talora a scelte politiche dell'autorità, talora imposte dagli eventi o dalle popolazioni sottomesse. La concessione della cittadinanza agli italici – che arrivò, dopo varie vicissitudini, nel 49 a.C., a tutta la Gallia Cisalpina – fu la conclusione di periodi di ostilità e tensioni.

La cittadinanza fu concessa anche su base individuale, dal popolo e poi dall'imperatore, a titolo di elargizione o riconoscimento di meriti.

Opera su base individuale anche l'acquisto della cittadinanza che si verifica in conseguenza dell'acquisto della libertà, generalmente attraverso la manumissione.

[b) per acquisto della libertà] L'ex schiavo diviene, oltreché libero, cittadino romano. Ricordiamo però che, a seguito delle leggi Elia Senzia e Giunia Norbana (§ precedente), in certi casi è consentito al manomesso solo lo *status* di peregrino (dediticio) o di latino (giuniano).

[c) per nascita:] Per concessione del potere pubblico o per manumissione si diventa cittadini in un momento successivo alla nascita. Ma cittadini anzitutto si nasce.

La condizione di chi viene ad esistenza è conseguenza dello *status* e del tipo di unione dei genitori. Il problema della posizione del figlio rispetto alla cittadinanza è reso complicato dall'esistenza di *status* diversi (cittadini, stranieri, latini) e dalla eventuale presenza del *conubium*, cioè del diritto di contrarre un matrimonio legittimo secondo il *ius civile* che, pur spettando di regola ai soli cittadini, può essere attribuito, come concessione speciale, a persone che per la loro condizione ne sarebbero sprovviste. Ci sono insomma due variabili che danno luogo a situazioni diverse del nascituro: una è lo *status* dei genitori, l'altra l'esistenza o meno tra loro di un matrimonio legittimo, conseguenza della concessione del *conubium*. L'unione matrimoniale infatti è istituto di diritto delle genti, ma per produrre tutti gli effetti all'interno dell'ordinamento romano deve essere in linea col *ius civile* (cap. I § 8).

Si parla, quindi, a questo riguardo, di matrimonio legittimo (di *ius civile*) e non legittimo (di diritto delle genti).

Problemi non si pongono per il figlio di cittadini romani. Tra i due non può che esservi, quanto alla cittadinanza, matrimonio legittimo, e il figlio sarà cittadino romano.

Diverse soluzioni discenderanno invece anzitutto dall'unione tra un romano e una straniera o una romana e uno straniero, tenuto conto che tra i due potrà non

esservi matrimonio legittimo, per difetto di *conubium*, ma che questo potrebbe essere occasionalmente concesso.

La complicata materia è affrontata in particolare da Gaio nelle Istituzioni. Per un giurista, soprattutto se provinciale, era tema importante; divenne inutile all'interno dell'ordinamento romano dopo l'Editto di Caracalla.

[la regola di diritto delle genti] Dai meandri della casistica si estrae la regola di diritto delle genti: se il matrimonio è legittimo, il figlio segue la condizione del padre al momento del concepimento, se l'unione non è legittima il figlio segue la condizione della madre al momento del parto.

Quindi il figlio di un cittadino e di una straniera, tra cui ci sia *conubium* e quindi matrimonio legittimo, nasce romano; il figlio di una cittadina e di uno straniero uniti in matrimonio legittimo nasce straniero. Se l'unione non è legittima, il figlio di cittadino e straniera sarà straniero, mentre se lui è straniero e lei cittadina il figlio nasce cittadino. **[le deroghe.]** Sul punto la legge Minicia, in parziale deroga al diritto delle genti, stabilì però che, in assenza di *conubium*, se uno dei due fosse straniero il figlio nascesse sempre straniero.

Per le unioni tra cittadini romani e latini e tra latini e stranieri si segue lo stesso principio, con la precisazione operata da un senatoconsulto emanato sotto Adriano, per cui il figlio di latino e cittadina nasce in ogni caso cittadino.

[perdita della cittadinanza] La cittadinanza si perde, con *capitis deminutio* media del soggetto. Ciò deriva, oltretutto dalla perdita della libertà, da una condanna criminale o dall'esercizio del diritto di esilio per evitarla, dall'acquisto di un'altra cittadinanza (ad esempio se il cittadino romano entra a far parte di una colonia latina).

5. “Sui iuris” e “alieni iuris”

[significato della partizione] La condizione di libero e di cittadino non è ancora sufficiente per l'attribuzione della piena capacità di diritto privato. Occorre infatti che l'individuo sia in posizione di soggetto autonomo e non di sottoposto a un potere familiare. Deve essere cioè, come dicono le fonti, *sui iuris* e non *alieni iuris*. *Sui iuris* può essere reso con “giuridicamente autonomo”, mentre *alieni iuris* è il soggetto a potere altrui.

È questa la seconda distinzione delle persone, cui si rifanno tanto le Istituzioni di Gaio che quelle di Giustiniano, dopo quella tra liberi e schiavi.

Entrambe le divisioni abbracciano la totalità delle persone: come sono libere o schiave, così sono o *sui iuris* o *alieni iuris*, giacché la seconda partizione non è interna all'altra, ma è a essa pure onnicomprensiva. Gli *alieni iuris*, soggetti a potere altrui, possono essere liberi sottoposti a un potere familiare (che si incarna principalmente nella patria potestà), ovvero schiavi assoggettati alla *potestas* del padrone (c.d. *dominica*).

Alle persone libere *alieni iuris* è negata, in grado variabile a seconda delle epoche, la piena capacità di diritto privato.

Sono soggette a potere altrui in diritto classico le persone libere soggette a pote-

stà (*patria*), *mano*, *mancipio*, mentre in diritto giustiniano, scomparse le persone in *mano* e in *mancipio*, restano solo i soggetti a potestà. Si tratta in sostanza di soggetti liberi sottoposti al potere del capo della famiglia.

Le fonti definiscono giuridicamente autonomi (cfr. Gai. 1.50) quelli che non sono soggetti a potere altrui. La nozione è quindi determinata negativamente in base all'accertata inesistenza di un rapporto di soggezione, non al dato positivo dell'esercizio di un potere su altri.

[il *pater familias*] È anzitutto giuridicamente autonomo il *pater familias*. È questi il maschio non soggetto al potere del padre o dell'avo, abbia o non abbia dei sottoposti, sia o meno capace d'agire (vedi D. 50.16.195.2).

Non si richiede che gli sottostia una discendenza, anche se *pater familias* tipo è il soggetto maschio che, non avendo alcun ascendente in linea maschile, è a capo di una *familia* composta da persone in varia condizione: in potestà, *mano*, *mancipio* o in stato servile.

Può essere giuridicamente autonoma la donna, nonostante l'impossibilità di avere sottoposti, onde essa è "l'inizio e la fine della propria famiglia" (D. 50.16.195.5).

[la *familia*:] La distinzione tra *sui iuris* e *alieni iuris* ci conduce all'interno della *familia* romana. Questo termine ha una pluralità di significati: indica il patrimonio, il complesso degli schiavi e soprattutto "l'insieme di persone che per cause naturali o giuridiche sono soggette al potere di uno" (D. 50.16.195.2). Costui è il *pater familias* che, in questo caso, non viene caratterizzato dalla libertà da una soggezione, ma dalla titolarità di poteri su altri. Il *pater familias* può dunque essere un isolato, ovvero al vertice di un gruppo che (a parte gli schiavi e le contigue persone in *mancipio*) consta di persone in potestà e in *mano*. Questa, ristretta alle persone libere, è la famiglia *proprio iure*, cui faremo di regola riferimento e che si contrappone alla famiglia *communi iure*.

[“*proprio iure*”, “*communi iure*”.] La famiglia *proprio iure* è costituita dall'insieme di persone attualmente sottoposte al potere del *pater familias*. La famiglia *communi iure* è invece composta da coloro che in origine sarebbero stati soggetti a uno stesso *pater familias* se questi non fosse morto. Alla scomparsa di questo, infatti, dalle persone che acquistano la condizione di *sui iuris* hanno origine tante famiglie *proprio iure*.

In ogni caso, ai nostri fini, la famiglia rileva essenzialmente nel significato di famiglia *proprio iure*. Tuttavia viene in considerazione (riguardo a tutela, cura ed eredità: § 14; cap. VII § 4) anche il vincolo tra discendenti a capo di famiglie diverse ma legati da una discendenza comune.

[l'*agnazione*] La parentela secondo il diritto civile passa attraverso la linea maschile e si dice *agnazione* (*adgnatio*).

L'*agnazione* lega i sottoposti al potere del *pater familias* a lui e tra loro, in linea retta (come tra padre e figlio) o collaterale (come tra fratelli). I passaggi che separano le persone tra loro risalendo al comune capostipite sono detti gradi (padre e figlio sono agnati in primo grado in linea retta; i fratelli lo sono in secondo grado in linea collaterale dovendosi risalire al *pater*; i cugini in quarto). Al sesto e talora al settimo grado si esaurisce il rapporto.

Non c'è vincolo di *agnazione* con i discendenti in linea femminile, poiché questi

appartengono alla famiglia del loro padre. È agnato quindi il figlio del fratello, non il figlio della sorella che è parte della famiglia del padre suo.

Il vincolo di sangue (*cognatio*) non è necessario per stabilire un rapporto agnativo. L'adozione di un estraneo lo conduce tra i figli e gli crea in forza del diritto la condizione di agnato.

D'altra parte il vincolo di sangue vive senza quello di agnazione, come quando il figlio venga emancipato, perdendosi ogni rapporto civilistico.

[**la cognazione**] La cognazione non è irrilevante: è d'impedimento al matrimonio; su di essa si fonda il pretore per allargare l'ambito della successione *ab intestato*, che ammetteva in origine solo gli agnati. Il vincolo di sangue assumerà progressivamente sempre maggior importanza. [**alimenti**] Ad esempio, ai fini dell'obbligo agli alimenti, che comincia ad affermarsi in periodo classico, ci si basa sull'esistenza del vincolo di sangue oltretutto sull'affinità e su speciali rapporti. Anche il regime delle successioni verrà sempre più incisivamente influenzato dal vincolo di sangue.

[**specie di alieni iuris**] Tre sono dunque le specie di persone *alieni iuris*: in potestà, in mano, in mancipio.

Sono in potestà i discendenti, sia maschi che femmine, in primo grado e i discendenti in grado ulteriore se procreati in linea maschile da persona soggetta a potestà: dunque anche i nipoti e i pronipoti. Sono assoggettati alla medesima potestà sia i figli procreati in nozze legittime sia quelli pervenuti per atto giuridico (adozione).

Sono in mano le donne che vengono assoggettate in forza di un atto giuridico (*conventio in manum*) alla famiglia, in ragione del matrimonio contratto con lo stesso *pater familias* ovvero con un discendente in potestà di costui. In entrambi i casi la posizione della donna è di sottoposta a un potere per molti aspetti analogo alla *potestas*.

Sono infine in mancipio le persone cedute da un *pater familias* a un altro per scopi diversi e che nella nuova famiglia vengono a trovarsi in condizione ibrida, tra quella di figlio e di servo.

I tre diversi meccanismi di ingresso nella condizione di sottoposto conducono comunque a situazioni relativamente simili riguardo al tipo di potere su di loro esercitato dal *pater familias*. La situazione paradigmatica è quella del *filius familias*, onde l'illustrazione della natura e dei contenuti della patria potestà serve, a parte le specifiche differenze, a illuminare le altre. Del resto, la condizione delle persone in potestà si presenta come punto di riferimento in quanto identifica una categoria di persone soggette a potere altrui riscontrabile per tutto l'arco del diritto romano.

Le persone in mano e in mancipio vivono invece per un periodo soltanto: scomparse da tempo in diritto giustiniano, sono già in diritto classico relegate in un ambito marginale. Tratteremo dunque anzitutto della condizione delle persone in potestà.

6. La patria potestà

[**tipica dei romani**] Caratteristico dei cittadini romani – dice Gaio (1.55) – è l'istitu-

to della patria potestà.

Gli stranieri non hanno in potestà i loro figli, con tutte le implicazioni, e alla concessione della cittadinanza non consegue di regola la potestà dei figli, salvo apposito provvedimento.

Solo al *pater familias*, titolare della patria potestà, spetta la piena qualità di soggetto sotto il profilo privatistico (la capacità di diritto pubblico invece ne prescinde); per i sottoposti (*filius familias*) ne deriva (almeno in origine) una situazione di totale soggezione sul piano personale e di mancanza di autonomia patrimoniale.

[persone soggette] La patria potestà si esercita sui figli procreati in legittimo matrimonio, sui figli acquisiti mediante atto giuridico (adozione) e in tarda epoca sui figli ricondotti allo stato di legittimi in un momento successivo alla nascita attraverso un apposito atto (legittimazione). Sono nella stessa condizione anche i discendenti di coloro che siano soggetti a potestà. Assimilate ai figli sono in certo modo le donne che, attraverso un apposito atto, si siano sottomesse al marito.

Il rapporto potestativo, se comporta da un lato poteri potenzialmente amplissimi del *pater familias* sul sottoposto, dall'altro offre a questi i vantaggi dell'appartenenza a un gruppo, nonché le aspettative successorie.

[contenuto: *ius vitae et necis*] Il contenuto del potere del *pater* sui discendenti può essere riassuntivamente indicato con una breve formula: *ius vitae et necis* (diritto di vita e di morte). Stando alle fonti, la riassunzione dei poteri del *pater* in questi termini era nella legge delle XII tavole (IV.2) sicuramente allineata con quanto già ammesso dall'antico costume.

Ius vitae et necis significa potenzialmente un illimitato potere del *pater familias* sui sottoposti.

Invero l'astratta formula, con tutto il suo possibile contenuto arbitrario e vessatorio, va interpretata mediante il ricorso a due elementi condizionanti: il controllo sociale del gruppo e della *civitas* e la progressiva evoluzione del costume che accresce quel controllo, conducendo a una concezione più umana, tollerante ed egualitaria dei rapporti endofamiliari.

Volendo schematizzare, e partendo dalla situazione originaria, si può scomporre il diritto del padre in una serie di poteri che consistono nel diritto di esporre il figlio alla nascita (*ius exponendi*), di venderlo, di darlo a noia (*ius noxae dandi*) per liberarsi da responsabilità, di condannarlo, persino a morte, per sue mancanze: tutte manifestazioni del generico potere di disporre della vita del sottoposto.

[diritto di esporre] Il *ius exponendi* consiste nella facoltà del padre, forse in origine concernente le sole femmine, non primogenite, di abbandonare in luogo pubblico il figlio, avviandolo o alla morte, o, per buona sorte, ad essere raccolto e allevato da un terzo. Con Costantino (C.Th. 5.9.1) l'espositore perde la potestà sul figlio, mentre il raccoglitore è arbitro di determinarne lo *status*: di libero, avendolo allora in patria potestà, ovvero di servo. Più tardi Giustiniano fisserà per l'allevato sempre la condizione di ingenuo (C. 8.51[52].3).

[diritto di vendere] L'abbandono (eventualmente secondo un rituale: § 1) serve altresì per l'eliminazione dei nati mostruosi, secondo l'obbligo imposto dalle XII tavo-

le.

Il *pater* può anche vendere i figli. Anticamente la vendita aveva l'effetto di renderli schiavi: successivamente la vendita ad altro *pater familias* li poneva nella ibrida situazione di persone in mancipio (§ 8).

Caduto in desuetudine nel periodo classico, l'istituto ricomparve nella società postclassica, in accordo con le usanze degli ambienti provinciali.

Per frenarle, talora il legislatore interviene con elargizioni, ma la situazione del periodo, condizionata dalla fame e dalla miseria, impone comunque l'accettazione dell'istituto come male minore rispetto all'esposizione e all'uccisione. Con Giustiniano la vendita è ammessa, con l'effetto, ancora non ben definito nella legislazione precedente, di ridurre il soggetto in schiavitù, ma solo per i neonati, in caso di estrema povertà e con facoltà di riscatto (C. 4.43.2, che riprende e modifica una costituzione di Costantino).

[diritto di dare a nossa] Il diritto di dare a nossa va messo in relazione con l'originaria condizione del *pater familias* quale unico titolare, nella *familia*, di patrimonio.

Per illeciti dei sottoposti, figli o schiavi, che comportino l'irrogazione di una pena pecuniaria a favore del terzo offeso, la responsabilità è del *pater familias* o del *dominus*, al quale è concesso tuttavia di sottrarsi alla responsabilità consegnando il colpevole.

Il *ius noxae dandi* viene definitivamente meno in diritto giustiniano per i figli, che, del resto, come vedremo, hanno una loro autonomia patrimoniale, mentre continua ad essere in vigore per gli schiavi.

[limiti ed evoluzione del *ius vitae et necis*:] Caratteristica della patria potestà romana è l'affermato diritto di vita e di morte potenzialmente illimitato. Il titolare di questo diritto può quindi disporre della vita della persona in potestà, ma, quanto più ci si allontana dalle origini, la regola sembra sempre più connessa alla astratta affermazione della supremazia dei padri, da valere come monito e principio, piuttosto che ad una effettiva e verificata attuazione di un potere illimitato.

[dal controllo sociale...] Ancor prima dell'evoluzione storica che ne ridusse sostanzialmente la portata, si può arguire da dati risalenti come già in antico sussistessero elementi in grado di condizionare in qualche modo il potenziale arbitrio.

Nella legislazione attribuita a Romolo una norma avrebbe vietato l'uccisione dei figli al di sotto dei tre anni, a meno che non si fosse trattato di nati mostruosi. In questo caso tuttavia l'evento eccezionale doveva essere verificato da cinque vicini a dimostrazione di un controllo sul piano sociale.

Un'altra norma attribuita al fondatore avrebbe richiesto l'intervento dei vicini per constatare l'aggressione del figlio che ne legittimava l'uccisione da parte del *pater*. Tali norme, corrispondenti o meno al vero, indicano principi di fondo collegabili alla trasparenza e alla giustificazione e contraddicono l'arbitrio.

Nelle fonti si afferma ancora che il padre poteva irrogare gravi condanne solo dopo aver convocato e sentito un "tribunale domestico" composto da parenti e amici.

Sicuro è che in materia intervennero i censori, magistrati controllori del comportamento dei cittadini, al fine di frenare gli eccessi. **[...agli interventi imperiali.]** Più

tardi, in periodo imperiale, furono gli imperatori ad intervenire, manifestazione della tendenza del potere pubblico ad avocare a sé le competenze più gravemente repressive.

Traiano (inizi II secolo d.C.), costrinse un padre che maltrattava il figlio ad emanciparlo, anticipando la corrispondente decisione di Antonino Pio (§ 2) riguardo allo schiavo. Successivamente Adriano condannò alla deportazione il padre che aveva ucciso il figlio che pure si era reso responsabile di adulterio con la matrigna. In entrambe le decisioni ci si richiama alla *pietas* (termine che significa amore, carità, affetto) come elemento ispiratore dei rapporti tra padri e figli. Questo vocabolo, in contesto storico e culturale diverso, verrà ripreso in periodo cristiano, quando ci si richiama anche alla umanità e alla misericordia.

[la svolta postclassica] La patria potestà, già “terribile diritto”, verrà persino definita come dovere (*officium*). Nel mondo postclassico una celebre costituzione di Costantino (C.Th. 4.8.6) afferma, secondo la più probabile interpretazione, che il diritto di vita e di morte appartiene al passato. Un'altra costituzione dello stesso imperatore (C.Th. 9.15.1) comprende il padre uccisore del figlio tra i colpevoli di parricidio (uccisione di uno stretto parente, il che comporta l'antico supplizio di esser chiusi in un sacco di cuoio con una scimmia, un gallo, una vipera, un cane e abbandonati alle acque). Ciò significa che l'uccisione indiscriminata del figlio – con dolo malvagio, come afferma la costituzione – fuori di ipotesi di giustificazione, non è consentita.

Nello stesso secolo l'uccisione di infanti, praticata anche in diritto classico, viene punita con pena capitale (C.Th. 9.14.1), escluso, verosimilmente, il caso di nati mostruosi che ancora per Giustiniano non sono figli (D. 1.5.14).

[il “*ius corrigendi*”] Emblematica del mutamento è una costituzione occidentale del 364 (C.Th. 9.13.1), che afferma genericamente che la punizione domestica non deve essere senza limiti, ma contenuta in un diritto di correzione, magari con l'uso di strumenti coercitivi; se però la mancanza risulta di particolare gravità, la sanzione deve essere irrogata dal giudice. Solo il potere pubblico ha diritto di vita e di morte sui sudditi; all'interno della famiglia c'è il potere di correzione.

Così ridimensionato, il diritto dei padri sui figli arriva al diritto giustiniano, in un contesto che vede peraltro una nuova condizione dei figli sotto il profilo patrimoniale (§ seguente).

[caratteri costanti della patria potestà] Scomparso il *ius vitae et necis*, restano ancora le caratteristiche della patria potestà.

Anzitutto non viene meno per il raggiungimento di una maggiore età, perdurando, salvo particolari fatti estintivi, per tutta la vita del *pater familias*, qualunque sia l'età del figlio, finché alla morte di quello i figli o i nipoti da figli premorti divengano *sui iuris* e *patres*, dando ognuno origine a una *familia*.

In secondo luogo la potestà romana, letteralmente patria, spetta all'uomo, mai alla donna. Anche quando a questa fu consentito di adottare, non si creò mai tra lei e il figlio un rapporto potestativo.

Va notato però che dalle fonti emerge l'idea di un pari dovere del figlio verso i genitori. Ciò è vero innanzitutto con riguardo agli alimenti. Si arriva occasional-

mente a definire la madre come titolare di una *potestas*, per quanto di minor portata (D. 27.10.4). Si ammette che la madre si sostituisca al padre che non possa prestare il suo assenso alle nozze. L'inidoneità della madre alla titolarità di un rapporto potestativo è comunque decisamente affermata da Giustiniano (I. 1.11.10).

[origine del rapporto potestativo] Il rapporto di potestà ha origine, come si vide, da nascita, adozione, legittimazione o è conseguenza della morte del *pater familias* che fa conseguire ai suoi discendenti, che diventano a loro volta *patres*, la potestà sui loro figli a cui, vivente il capostipite, erano accomunati nella condizione di sottoposti, ovvero conseguenza della concessione della cittadinanza.

[estinzione: per cause varie] La patria potestà si estingue principalmente con la morte del titolare. Alla morte sono equiparate le *capitis deminutiones* massima e media che, comportando la perdita della cittadinanza, sono incompatibili con un rapporto fondato sul *ius civile* (è salvo il *ius postliminii*: § 3), e anche la minima se il *pater* è arrogato (§ 13). Parimenti la patria potestà si estingue per la perdita della libertà o della cittadinanza da parte del figlio e, fino a Giustiniano (§ 13), per la sua adozione.

Una particolare posizione del discendente nell'organizzazione della *civitas* non implica un mutamento della sua condizione di sottoposto all'interno del gruppo familiare. Egli tuttavia non può essere condizionato nell'esercizio delle sue funzioni dall'autorità paterna. Fanno comunque eccezione i flàmini (sacerdoti) di Giove e le vestali, che si liberano della potestà. Nell'assetto finale del diritto giustiniano, quando del resto il vincolo della patria potestà si è allentato, ci si libera raggiungendo una dignità o una carica elevata, quali il patriziato, l'episcopato, il consolato, la prefettura, il comando dell'esercito. La perdita della patria potestà può infine essere sanzione per l'esposizione di figli, o per il genitore colpevole di crimini sessuali.

[per emancipazione...] La patria potestà può infine venir meno per la volontaria rinuncia del padre al suo potere attraverso un atto apposito: l'emancipazione. L'istituto fu creato dalla giurisprudenza pontificale dopo la emanazione della legge delle XII tavole. Prima di questa non era possibile estinguere definitivamente il rapporto potestativo. Infatti, anche se venduto come schiavo a un terzo, il *filius familias*, una volta manomesso, ricadeva sempre sotto la potestà del padre, potendo l'imprescrittibilità della patria potestà essere di fatto superata solo mediante la vendita del figlio come schiavo in territorio straniero.

[...con le tre vendite...] Le XII tavole si limitavano a sanzionare un comportamento del *pater*: mentre prima il figlio venduto, e poi manomesso, ricadeva sempre in potestà, la norma fissò il limite delle tre vendite. Dopo la terza il figlio diveniva libero dalla potestà paterna. Su questo la giurisprudenza creò un atto volontario di disposizione; il padre cedeva (con la *mancipatio*: cap. V § 8) per tre volte il figlio a un compare che, manomettendolo, lo faceva ricadere le prime due volte sotto la potestà del padre e poi lo rendeva libero con la terza manumissione. Di solito si aveva un'ulteriore cessione al padre perché fosse lui ad effettuare l'ultima manumissione del figlio per acquistare su di lui i diritti del patrono.

La derivazione dalla *lex* implica un'interpretazione formalistica: la legge menzionava il *filius*, onde si ritenne che per le figlie e i nipoti fosse sufficiente una sola cessione con manumissione.

[...e nelle forme nuove.] A partire dal periodo postclassico, vi sono mutamenti riguardo alla forma dell'istituto. L'imperatore Anastasio la ammette attraverso il rescritto imperiale, in caso di assenza del figlio. Giustiniano abolisce del tutto l'antico formalismo, disponendo che l'emancipazione, oltretutto per rescritto, venga fatta anche davanti al funzionario o giudice competente. Si richiede ora il consenso dell'interessato uscito di infanzia. A quest'epoca tuttavia l'emergere del vincolo di sangue (*cognatio*) e l'autonomia patrimoniale dei figli hanno ridotto le conseguenze negative dell'estinzione del vincolo agnatizio.

[le spinte all'emancipazione] Il padre si determina liberamente all'emancipazione: si accentuano tuttavia le pressioni perché il padre liberi il figlio, soprattutto per permettergli di acquistare lasciti (§ precedente). Tali spinte determinano sicuramente per l'epoca giustiniana obblighi del padre di emancipare anche contro la sua volontà, mentre emerge dalle fonti una tendenza all'emancipazione dei figli al raggiungimento dei venticinque anni (C.Th. 8.18.2, di Costantino [a 319]), sorta di anticipazione degli automatismi della maggiore età, del resto non ignoti all'ambiente provinciale.

7. Cont.: gli aspetti patrimoniali

[il *pater* unico originario titolare dei rapporti patrimoniali] Dato caratteristico della famiglia romana è l'originario assetto patrimoniale che ha come unico termine di riferimento il *pater familias*. Le persone libere a lui soggette non possono avere nulla di proprio. I discendenti sono, sotto questo profilo, in condizione analoga a quella dei servi: tutto quanto da loro acquistato va al titolare della potestà.

Questi, da parte sua, non è tenuto per l'attività posta in essere dai figli, salva la responsabilità per atto illecito, temperata dal ricorso alla dazione a noxa.

Anche per i figli funziona, sin dall'antico, l'istituto del peculio, analogamente a quanto già esposto con riguardo agli schiavi.

Inoltre i *fili familias* possono essere preposti, come gli schiavi, ad attività negoziali che, a vantaggio dei terzi, coinvolgono la responsabilità del *pater familias* attraverso le azioni adiettorie.

Tutto questo è materia che riguarda indistintamente la posizione degli schiavi e dei figli, accomunati in partenza da eguale destino, per cui basta rinviare alla trattazione già svolta (§ 2).

[peculiarità della condizione dei figli] Sennonché, a partire dall'ultimo periodo repubblicano, la posizione dei figli comincia a differenziarsi rispetto a quella dei servi, dandosi inizio a un'evoluzione.

Una prima novità consiste nell'attribuzione ai figli maschi della capacità di contrarre obbligazioni civilmente valide, produttive quindi di azione, a differenza delle obbligazioni naturali che danno luogo solo alla *soluti retentio* (cap. VI § 3). Questo significa che il terzo, con cui il figlio abbia contratto obbligazione, ha azione contro il figlio inadempiente, e a carico di lui, che può stare autonomamente in giudizio, può ottenere una sentenza di condanna. A limitare il soddisfacimento in concreto del

terzo sta però l'originaria inesistenza di un patrimonio del figlio.

Se il padre non adempie spontaneamente, non è possibile l'esecuzione sui beni (sono del padre, non del figlio) né sulla persona (si andrebbe contro il diritto dell'avente potestà). Occorre allora che i creditori attendano che il figlio diventi *sui iuris*, con un patrimonio proprio.

[Il S.C. Macedoniano] La morte del padre, e l'acquisizione dell'eredità, avrebbero dunque sistemato le cose. Un figlio (tal Macedone) pensò di risolvere la sua situazione debitoria eliminando il padre. Di qui un senatoconsulto Macedoniano che, a salvaguardia dei padri, combatté l'uso di dare, senza la loro autorizzazione, denaro a mutuo ai figli. A questi veniva infatti dato modo di annullare tramite *exceptio* (cap. III § 8) le pretese dei creditori.

Il riconoscimento ai figli della capacità di obbligarsi provoca dunque situazioni non lineari, essendo essi ancora privi della titolarità di un patrimonio. Ma questa sopraggiunge poi dall'inizio del principato attraverso il riconoscimento di un diverso destino di taluni acquisti compiuti dal figlio.

[peculio castrense] Regola vuole che ogni acquisto del figlio vada al padre, avvenga esso per suggerimento del padre o per iniziativa del figlio, per eredità, donazione o altro. A partire da Augusto però si comincia a ritenere che gli acquisti compiuti dai figli rischiando la vita come combattenti debbano avere una diversa sorte. Ciò che si acquista servendo la patria o comunque l'imperatore o la fazione, deve essere riservato al soldato. Nasce così il *peculio castrense* (*castra* = accampamento), patrimonio acquisito dal figlio in qualità di soldato. Esso consta di tutto ciò che il figlio acquista nella milizia, dal soldo al bottino di guerra, fino a ricomprendervi donazioni ed eredità, ed è oggetto di libera disposizione del figlio stesso. Egli può alienarlo, con esso può concludere obbligazioni civili con terzi e con lo stesso padre; può persino farne oggetto di disposizione testamentaria contro il principio che non riconosce al figlio la possibilità di fare testamento.

Si tratta però di un *peculio*, per cui, se il figlio muore senza aver fatto testamento, esso spetterà al padre come qualunque altro *peculio*.

Il *peculio castrense* innova grandemente nei rapporti endofamiliari: il figlio è titolare di un patrimonio acquistato con la sua attività. Inizia un processo di avvicinamento sul piano patrimoniale che si riflette sui rapporti personali. Il sistema va verso il cambiamento; di esso è simbolo quel vecchio padre parkinsoniano che nella XVI Satira di Giovenale dà la caccia al ricco patrimonio del figlio soldato.

Fino al mondo postclassico l'autonomia patrimoniale dei figli resta limitata al *peculio castrense*. Del resto, nella grande maggioranza dei casi, l'attività dei figli ha come punto di partenza il patrimonio o l'attività del padre, realizzandosi compiutamente solo nella milizia, con la devozione al comandante e l'allontanamento dalla casa paterna, il presupposto per l'autonomia.

Sotto Costantino questa viene incrementata attraverso l'ampliamento dell'istituto del *peculio* e la nuova disciplina dei beni provenienti dalla madre (*bona materna*).

[*peculio "quasi castrense"*] L'imperatore dà il via a una legislazione che considera alla stregua del *peculio castrense* tutto ciò che sia stato acquistato dal figlio cortigiano, funzionario, avvocato, ecclesiastico, professionista (*peculio "quasi*

castrense”). Talune funzioni in ambito civile sono in sostanza equiparate al servizio militare. Ancora una volta il rilievo dato all'attività del figlio è premessa al superamento dell'antico principio.

[i beni della madre:] Lo stesso Costantino introduce una ulteriore più ampia riforma che sottrae alla disponibilità del padre i beni pervenuti al figlio per successione alla madre.

Questi *bona materna* avevano evidenziato le contraddizioni di un sistema avente il *pater* quale unico titolare di diritti patrimoniali.

[destino e rimedi] La madre o la nonna che avessero voluto beneficiare il figlio o il nipote *mortis causa* avrebbero sempre finito col privilegiare il padre. Ciò appariva talora intollerabile, come nel caso di divorzio.

Per questo il diritto anteriore a Costantino ci mostra la reazione della madre o dell'ava contro le conseguenze delle strutture della famiglia, per cui il padre acquista tramite il figlio in potestà. Gli strumenti da lei utilizzabili sono il fedecomesso (cap. VII § 11) di restituzione, la condizione e il fedecomesso di emancipazione.

Col fedecomesso di restituzione si impone al padre di restituire alla propria morte i beni al figlio. Il limite sta nel dover attendere che il padre muoia ovvero, nella più favorevole interpretazione di Marco Aurelio, che emancipi il figlio.

La condizione di emancipazione fa sì che il figlio sarà erede solo a condizione di essere stato emancipato. La disposizione conta sul fatto che il padre, anche disattendendo la disposizione, non guadagnerà comunque nulla, danneggiando invece il figlio. Sarà comunque sempre lui l'indesiderato arbitro della situazione.

Infine, col fedecomesso di emancipazione, la madre prega il padre istituito erede di emancipare il figlio e di restituirgli il patrimonio. Ma non pare che in diritto classico il figlio, anche dopo il senatoconsulto Pegasiano (cap. VII § 11), potesse costringere il padre ad accettare l'eredità ed effettuare la restituzione (la diversa soluzione in D. 36.1.17[16].11-12 è, a nostro avviso, frutto di interpolazione).

[la riforma di Costantino.] Costantino in C.Th. 8.18.1 vuole risolvere il problema, disponendo che dai beni che pervengono ai figli in potestà per successione alla madre i padri hanno diritto di trarre i frutti, senza però la facoltà di alienarli.

Si realizza, nel particolare linguaggio del legislatore postclassico, una scissione tra la titolarità dei beni e il loro utilizzo, che più tardi verrà esplicitata in una contrapposizione fra la proprietà spettante ai figli e l'usufrutto legale a favore del padre.

L'indisponibilità del patrimonio da parte del padre farà sì che i figli, nell'interesse proprio e in ossequio alle attese materne, divengano, alla morte del padre, proprietari esclusivi.

Più tardi i principi relativi ai *bona materna* verranno estesi ai beni pervenuti ai figli dagli ascendenti materni e a quelli acquistati a causa di matrimonio o fidanzamento.

[autonomia patrimoniale dei figli in diritto giustiniano] In diritto giustiniano il lungo processo evolutivo si realizza in maniera più completa. Dopo che la disciplina del peculio castrense è stata estesa al peculio quasi castrense relativamente alla possibilità del figlio di disporre mediante testamento (I. 2.11.6; 2.12 pr.), si stabilisce che

in assenza di testamento su questi beni si apra la successione *ab intestato*, non spettando più al padre per diritto di peculio (I. 2.12 pr.).

Ma ormai viene rinnegata la stessa regola che imponeva, salvo eccezioni fondate sulla particolare provenienza, la devoluzione al padre dei beni acquistati dal figlio.

Fatta salva la disciplina del peculio castrense (o quasi castrense), si distingue tra beni pervenuti al figlio grazie al suo lavoro o alla liberalità altrui o comunque per opportunità non derivanti dal padre, e beni acquistati dal figlio attraverso l'utilizzo di risorse e mezzi di provenienza paterna (C. 6.61.6 [a. 529]; I. 2.9.1).

[peculio avventizio] Il primo complesso patrimoniale è definito peculio avventizio. Di esso la proprietà spetta al figlio, che lo ha acquistato con la propria fatica, mentre al padre è riservato il diritto di usufrutto che, vita natural durante, gli consente di trarre dai beni utilizzo e sostentamento.

[peculio profettizio] Riguardo alla seconda categoria di beni, essendo gli acquisti compiuti con mezzi offerti dal padre, a lui deve andare ogni acquisto secondo il vecchio diritto (c.d. peculio “profettizio”).

L'antica regola è conservata, ma è diventata in realtà l'eccezione. I figli in potestà hanno ormai un proprio patrimonio costituito dagli acquisti fatti mediante il proprio lavoro o la liberalità altrui. Il limite alla loro piena autonomia sta nella spettanza al *pater* di un diritto di godimento e di amministrazione. Ma a loro compete normalmente la titolarità di un patrimonio, il che rende radicalmente diversa la loro posizione rispetto al periodo antico. Talora poi, in aggiunta, i beni possono essere liberi dall'usufrutto paterno. Giustiniano infatti nelle Novelle (Nov. 117.1 [a. 542]) dispone che si debba rispettare la volontà del disponente un lascito a favore del figlio a condizione che l'ascendente non debba goderne.

[il “*praemium emancipationis*”] L'usufrutto del padre sui beni del figlio pone peraltro il problema del raccordo fra questo diritto e l'emancipazione del figlio, in un sistema che, in assenza di automatismi legati all'età, favorisce l'atto volontario di rinuncia alla potestà.

Il problema fu già affrontato da Costantino, da cui fu disposto che un terzo dei beni pervenuti per eredità dalla madre spettasse in proprietà al padre, quale premio in caso di emancipazione: *praemium emancipationis* (C.Th. 8.18.1.2). Giustiniano, fatta salva l'intangibilità del peculio castrense e quasi castrense (C. 6.61.6.3), stabilisce che sui beni relativamente ai quali il padre abbia l'usufrutto, egli possa trattenere non il terzo in proprietà, ma la metà a titolo di usufrutto. L'innovazione viene giustificata con la volontà di attribuire maggior patrimonio in godimento agli ascendenti (cfr. I. 2.9.2), ma la quota maggiorata in usufrutto nasconde una nuova compressione del diritto dei padri, limitati nella titolarità e disponibilità dei beni, riservati al figlio che diverrà *sui iuris*.

Al termine dell'evoluzione i figli hanno acquistato una significativa indipendenza. Pur con le limitazioni sopra indicate, i discendenti in potestà hanno ormai un'ampia capacità patrimoniale, in perfetta corrispondenza con l'attenuarsi dell'antica soggezione personale.

8. Persone “in mancipio” e “in mano”

Oltre che sugli schiavi e sui figli, il potere del capo della famiglia si esercita sui soggetti “in mancipio” e “in mano”. Essi sono *alieni iuris*, come le persone in potestà (*patria* o *dominica*), ma pervengono in questa condizione per altra via, con conseguente posizione in varia misura diversificata rispetto a quella dei figli.

Entrambe le figure appartengono essenzialmente ai periodi più antichi: di importanza sempre più marginale nel diritto classico, sono scomparse nel diritto giustiniano.

[persone in mancipio: per vendita] La categoria delle persone *in mancipio* si collega alla facoltà, riconosciuta ai padri, di vendere i discendenti, a fini di lucro, di garanzia, o di diversa collocazione della forza lavoro. In principio il figlio cadeva in vera e propria schiavitù; successivamente la condizione del figlio presso il terzo fu quella di persona *in mancipio*. Da uno stato di soggezione alla potestà familiare egli cade in una situazione per certi versi simile, il che spiega la singolarità della categoria rispetto alle altre, che vedremo (§ 9), limitatrici della libertà del soggetto e della sua capacità, ma non necessariamente coinvolgenti un *filius familias*.

La posizione delle persone *in mancipio* è sicuramente ambigua. Gaio afferma (1.123) che sono in luogo di schiavi (*servorum loco*), ma anche l'assimilazione a questi non è effettivamente riscontrabile, nella disciplina dell'istituto. Sono una sorta di ibrido tra i servi e i liberi *filius familias*. Partecipano dei servi in quanto sono rivendicabili come tali, vengono liberate dal mancipio attraverso la manumissione, possono essere istituite eredi solo previa manumissione.

Contemporaneamente però vengono anche considerate libere e cittadine, hanno capacità in ordine al matrimonio e i figli non seguono la loro condizione.

A partire dal periodo preclassico peraltro la categoria comprende esclusivamente situazioni marginali. La vendita dei figli quale manifestazione estrema del potere paterno è ripudiata dal costume. La condizione delle persone *in mancipio* sopravvive, in funzione transitoria, nel corso di un atto complesso volto al mutamento dello *status* del figlio, o per ripristinare una situazione patrimoniale alterata da un illecito da lui compiuto.

[per emancipazione] Il primo caso è correlato al già veduto istituto dell'emancipazione, attuato mediante tre vendite.

Rispetto all'acquirente dal padre, il figlio viene a trovarsi nella situazione di persona *in mancipio* (e infatti viene liberato attraverso la manumissione), come *in mancipio* del padre va qualora, dopo la terza vendita, sia a lui rimancipato per fargli acquistare i diritti di patronato. Si tratta però, ovviamente, di una situazione temporanea, funzionale alla liberazione del figlio.

[per dazione a nosa.] Il secondo caso consegue alla consegna del figlio compiuta dal padre per liberarsi da ogni responsabilità per il delitto del sottoposto. Questi viene posto *in mancipio* dell'offeso, potendosi tuttavia liberare pagando col proprio lavoro all'offeso il debito contratto con l'illecito.

Dallo stato di persona *in mancipio* ci si libera con la manumissione fatta in forma legittima, senza i correttivi introdotti dalle leggi limitatrici.

[donne in mano] L'ultima categoria di persone *alieni iuris*, secondo la divisione gaiana, è costituita dalle persone *in manu*. Si tratta delle donne che, a scopo di matrimonio, si sono sottomesse al potere (*manus*) del marito attraverso un apposito atto, la *conventio in manum*.

Il matrimonio dell'epoca più antica presuppone un inscindibile collegamento con la *conventio in manum*. La donna che si sposa deve rompere i legami con la famiglia di origine (il cambio del cognome!) ed entrare a far parte della famiglia del marito. La *conventio in manum* spezza l'originario rapporto agnatizio e lo ricrea rispetto alla nuova famiglia. Fosse in precedenza *sui iuris*, ovvero sottoposta a patria potestà, viene ad essere nella condizione di discendente, soggetta al marito, se questi è il *pater familias*, o al di lui ascendente, se il marito è *alieni iuris*.

Rispetto alla famiglia originaria resteranno i legami di sangue, ma la nuova famiglia agnatizia, rilevante per diritto, è quella del marito.

La condizione della donna è apparentata dalle fonti a quella dei discendenti, e in effetti i poteri indotti dalla *manus* dovettero principalmente modellarsi su quelli spettanti al titolare della *potestas*. Rispetto a questa tuttavia la *manus* ebbe elementi di differenziazione, dovuti alla sua connessione con l'unione matrimoniale, particolarmente con riguardo alla moglie del capo di famiglia, la *mater familias*.

Sino agli inizi del periodo preclassico, al matrimonio si accompagnò la *manus*. In seguito se ne cominciò a prescindere e il matrimonio senza *manus* alla fine restò il solo esempio di unione legittima.

[modi di *conventio in manum*:] Le donne andavano sotto la *manus* (*convention in manum*) in tre modi: per uso (*usu*), per pane di farro (*farreo*), per compera (*coemptio*).

[per uso (*usu*)] Il modo *usu* si basa sul decorso del tempo. Viene recepita nella famiglia del marito la donna che resta nella condizione di moglie per un anno ininterrotto. Dalle XII tavole (VI.5) derivava altresì, secondo Gaio (1.111), che la donna potesse interrompere il decorso dell'anno allontanandosi per tre notti dalla casa del marito, segno significativo di voler annullare la convivenza.

L'*usus* era utilizzato a sanatoria dell'inoperatività degli altri due: in seguito, non dandogli più riconoscimento, si distrusse il dogma dell'inscindibilità del matrimonio dalla *manus*. Si può ritenere infatti che successivamente l'interruzione sia stata deliberatamente utilizzata per evitare il non desiderato passaggio della moglie alla famiglia del marito. La sistematica applicazione della norma, persistendo la volontà di realizzare gli effetti del matrimonio, finì col legittimare una unione matrimoniale senza la *manus*.

L'acquisto della *manus* sulla donna per il decorso di un anno ci riporta all'analogo periodo richiesto per l'usucapione di cose mobili. Accanto alla concezione che vuole vedere nell'*usus* l'esercizio di un potere sulla donna indifferenziato rispetto a quello che conduce all'acquisto delle cose, si è anche avanzata l'idea di un acquisto fondato su una consuetudine coniugale consensualmente realizzata.

Tra tutti i modi di acquisto della *manus*, l'*usus*, che pure ha una funzione sussidiaria, scomparve per primo (nel I secolo d.C.). Fu tolto di mezzo – dice Gaio – in parte dalle leggi, in parte dalla desuetudine (1.111).

[per pane di farro (*farreo*)] Sopravvisse all'*usus* (benché non di molto e stentata-

mente) il modo di acquisto mediante la solenne cerimonia religiosa che prende il nome di *confarreatio*, il cui momento centrale stava nell'offerta a Giove e nella consumazione di una focaccia (la torta nuziale!) confezionata con il cereale (nella specie il farro e più precisamente la spelta) che era alla base dell'antica alimentazione.

La cerimonia si svolge nei giorni consentiti di fronte a dieci testimoni e ai sommi sacerdoti secondo un rituale di particolare solennità. Elementi di questa (come le vesti nuziali, il darsi la mano destra) saranno poi recepiti dal cerimoniale cristiano, quando le antiche forme di *conventio in manum* verranno attribuite all'istituto matrimoniale.

Non sembra che questa forma fosse esclusiva dei patrizi. Sicuramente appare socialmente connessa ai ceti più elevati e fu presso questi che si conservò, anche quando, con un senatoconsulto dell'11 d.C., non ebbe più l'effetto civile di far cambiare famiglia alle donne. Rimase solo ad effetti religiosi, potendo aspirare ad essere sommo sacerdote di Giove (flamine) solo il nato da genitori unitisi in matrimonio accompagnato da *conventio* praticata *farreo*. Nel IV secolo d.C. questo modo di *conventio in manum* è già un ricordo.

[per compera (coemptio).] Ultima a comparire fu la *coemptio*. Si tratta di una compera fittizia della donna, che si autovende o viene venduta dal suo *pater familias*, effettuata dal marito mediante *mancipatio* (cap. V § 8), corredata da formule opportunamente adattate per farla entrare nella condizione di moglie in mano (e non in quella di schiava o di persona *in mancipio* in cui, a seconda dei tempi, la *coemptio* l'avrebbe collocata).

[coemptio ad altri fini:] La *coemptio* è fatta anzitutto a fini di matrimonio, onde far passare la donna nella famiglia del marito. Una vendita fittizia della donna può avvenire però anche per altri scopi: come farle cambiare tutore, o permetterle di fare testamento.

[per cambiare tutore] La donna, per secoli, fu sotto tutela per tutta la vita (§ 14). Se vuole cambiare tutore, si vende fittiziamente, con l'autorizzazione dell'attuale tutore, a un soggetto di fiducia. Con questa *coemptio* diviene *in mancipio* di questo che, manomettendola, ne resta tutore al posto del precedente.

[per fare testamento.] Ma con la *compentio* la donna può far testamento, atto che presuppone l'uscita, col consenso dei tutori, dalla attuale tutela. Per questo venduta fittiziamente a un terzo e poi emancipata, dopodiché con l'autorizzazione di questo, che diviene tutore fiduciario, può fare testamento. La *coemptio* non fu più necessaria a partire da Adriano (cap. VII § 8).

[compera reciproca?] Alcuni testi letterari (tra cui Severino Boezio, che dice di aver desunto la notizia dalle Istituzioni di Ulpiano) affermano che la *coemptio* sarebbe stata una compera reciproca del marito e della moglie. A questa idea, seppure in modo non decisivo, presta ausilio la parola *coemptio* (*cum emere*: “comprare insieme”). Una eventuale reciproca compera si accorderebbe con una concezione della *manus* fondata, come il matrimonio, sull'incontro e la reciprocità dei consensi.

La *coemptio*, tipica forma di *conventio in manum* dell'età classica, scompare nel periodo successivo. Ma già da tempo si è affermata la concezione di un matrimonio che non richiede alla moglie di cambiare famiglia. Ella continua a restare *sui iuris*, se

è giuridicamente autonoma, ovvero nella famiglia del padre, se è in potestà di lui.

Il legame tra marito e moglie è dato ormai esclusivamente dal consenso matrimoniale.

9. Situazioni limitatrici della capacità

Sappiamo che per la piena capacità di diritto privato occorre la condizione di libero, cittadino e *sui iuris*.

Per cause diverse però, individui in possesso di questi requisiti si trovano in uno stato di varia minore capacità di diritto. Si è già osservato come sia deteriore la condizione dei liberti, seppure cittadini e giuridicamente autonomi.

Queste molteplici situazioni possono essere inquadrare in due categorie. Nella prima vanno collocate le persone poste in uno stato di soggezione materiale a un altro soggetto, per cui si trovano in una condizione, almeno di fatto, per qualche aspetto vicina a quella dei servi, nell'altra stanno individui che, per il sesso, la funzione svolta, le idee, la valutazione sociale o altro vengono variamente discriminati quanto alle capacità.

[soggetti in condizione paraservile:] Vediamo anzitutto le condizioni paraservili. Tra queste potrebbe essere ricompresa anche quella della persona *in mancipio* che peraltro, in ossequio all'impostazione delle Istituzioni di Gaio e per la sua qualità di *filius familias* passato dalla soggezione a un *pater* a quella (seppure a diverso titolo) di altro *pater*, va collocata accanto ai soggetti in mano e in potestà.

[nexus] A parte la persona *in mancipio*, uno stato di soggezione personale può essere anticamente riscontrato nel *nexus*. È questi il soggetto che mediante atto "per rame e bilancia" (*per aes et libram*: cap. V § 8) si trasferisce in potere del suo creditore, fino al pagamento del debito.

Si realizza un modo di garanzia personale e di recupero del credito attraverso la persona del debitore. Costui, sottoposto alla disciplina del creditore e a un duro regime, deve infatti prestare la sua opera a favore di quello, andando il frutto del suo lavoro ad estinzione del debito. La liberazione, pagato o no il debito, richiede un solenne atto contrario (cap. VI §§ 1 e 25).

Una *lex Poetelia Papiria* (326 a.C.) intervenne forse abolendo la possibilità di vincolare la propria persona, forse limitandone le più dure conseguenze. Il *nexus* scomparve comunque assai presto, restandone ricordi abbastanza oscuri.

[addictus] Vicino al *nexus* va collocato l'*addictus*, il debitore soccombente nel processo di esecuzione personale (cap. III § 4), che veniva assegnato dal magistrato al creditore. L'*addictus* resta libero e cittadino, ma è in potere del creditore; la legge fissa le modalità del trattamento durante il periodo di soggezione. Decorsi i termini senza che nessuno abbia estinto il debito, è in antico venduto o messo a morte secondo precise modalità (cap. III § 4).

Più tardi, probabilmente a seguito della *lex Poetelia*, pur sopravvivendo l'esecuzione sulla persona, la situazione dell'*addictus* consisté nella prigionia a casa del creditore, che lo obbligava a lavorare finché non venisse pagato il debito.

[redemptus ad hostibus] In una situazione di pesante soggezione si trova anche il “riscattato dai nemici” (*redemptus ab hostibus*). Contro il diritto di postliminio (§ 3) che assicura al cittadino romano tornato dalla prigionia il recupero dei suoi diritti, sta l'interesse di chi ha pagato il riscatto ad essere rimborsato. Il *redemptus* è, pertanto, in potere del liberatore, in una situazione che secondo un'ipotesi sarebbe da considerare di vera schiavitù. In alcune fonti, se ne parla come di un individuo assoggettato a pegno.

Per certo, finché lui o altri non abbia pagato, il *redemptus* è in potere del liberatore. La sua condizione di fatto variò a seconda dei momenti. A partire dal III secolo d.C. l'ordinamento si preoccupò dei molti che, per le scorrerie dei barbari, venivano fatti prigionieri e poi riscattati. Si attenuò così la durezza della loro condizione e si facilitò il ritorno alla piena libertà.

[auctoritas] La figura dell'*auctoratus* è in relazione con i giochi del circo; accadeva infatti che una persona libera si sottomettesse al potere di un impresario di combattimenti gladiatori, obbligandosi attraverso un giuramento (*auctoramentum*) a farsi, secondo la volontà dell'impresario, “bruciare, incatenare, picchiare, uccidere col ferro”. Ancorché resti libero, è di fatto in potere di altri. La sua condizione, in forza del mestiere scelto, è quella di “infame”, il che di per sé comporta, come vedremo tra breve, conseguenze in ordine alla capacità. La figura scompare con la soppressione dei giochi dei gladiatori ordinata da Costantino.

[colono] Tipica espressione del Basso impero è l'istituto del colonato. Esso risponde alla superiore esigenza di garantire, in tempi di grave crisi economica, un livello costante di produzione agricola nonché il pagamento delle imposte.

I lavoratori liberi vengono legati al fondo su cui lavorano; dapprima il vincolo riguarda i conduttori di fondi imperiali, poi la disciplina si estende a quelli privati. Si afferma nelle fonti che il colono è servo della terra in cui è nato (C. 11.52[51].1.1), benché in astratto sia persona libera, e che non può staccarsi da essa. Se il fondo viene alienato, egli ne segue la condizione. È sottoposto al potere del proprietario del fondo, che ha su di lui poteri disciplinari.

Il colono subisce gravi limitazioni di capacità. Il suo patrimonio, indicato come *peculio*, non può essere alienato senza il consenso del proprietario, in quanto è vincolato a garanzia del pagamento del canone. Soffre limiti alla libertà di contrarre matrimonio, non potendo sposare persone di diverso ceto. Ma soprattutto non può mutare la sua condizione, dovuta principalmente alla nascita da genitori coloni; sarà colono in perpetuo e i figli avranno uguale destino. Le vie d'uscita esistono, ma hanno carattere eccezionale (assunzione di dignità ecclesiastica, rinuncia del padrone del fondo, prescrizione del suo *status* per decorso del tempo).

[appartenenti a categorie professionali.] Accanto ai coloni vanno ricordati poi, per attrazione, gli esercenti taluni mestieri (come fabbri, mugnai, addetti al conio di monete) che nel mondo postclassico sono assoggettati a coazioni.

Qui non esiste però una situazione di dipendenza nei confronti di una determinata persona, ma d'una corporazione. Questi soggetti subiscono in particolare limitazioni riguardo alla capacità di disporre del patrimonio.

[soggetti in condizione di diminuita capacità:] Ritornando alla distinzione prospetta-

ta all'inizio del paragrafo, occupiamoci ora delle persone non sottoposte a un potere di altri, ma aventi caratteristiche personali tali da determinare, per l'ordinamento, una diminuzione della capacità. Va comunque precisato che talora i confini tra capacità giuridica e di agire sono opinabili (ad esempio l'antica incapacità delle donne di fare testamento può essere riferita all'atto come incapacità di agire; ma siccome comporta una incapacità di avere eredi testamentari con quel che segue, è tale da indurre una minor capacità giuridica).

[donne] Sulla scia dell'esempio, veniamo alle donne. Ancora ai tempi di Giustiniano vale il principio che le donne sono in condizione peggiore rispetto agli uomini (D. 1.5.9).

A parte la loro piena incapacità nel campo del diritto pubblico, per cui sono escluse dalla partecipazione alla gestione dello Stato, soffrono gravi limitazioni nella sfera privatistica.

Non possono essere titolari di patria potestà (§ 6), né, con le parziali eccezioni del periodo ultimo, gestire la tutela (§ 14). In origine non avevano la facoltà di far testamento, pur ponendosi in seguito rimedio attraverso la *coemptio* (vedi § precedente). A seguito di una *lex Voconia* del 169 a.C. non potevano essere istituite eredi testamentarie dal titolare di un patrimonio di grande ammontare. La legge, occorre precisare, non era tanto rivolta contro le donne, quanto ad impedire che interferisse nella classe più elevata dei comizi una donna, priva di diritto di voto.

Il senatoconsulto Velleiano (46 d.C.) vietò alle donne di obbligarsi a vantaggio di altri. Questa disposizione, attuata attraverso la concessione di una eccezione da opporre in giudizio (cap. III § 8), finì col limitare la loro capacità relativamente ai rapporti patrimoniali. Alle donne era pure vietato dal diritto onorario di avanzare pretese nell'altrui interesse o di fungere da rappresentanti in giudizio. Anticamente la donna fu poi incapace di agire per tutta la vita, come si vedrà a proposito della tutela.

[castrati] Legata alla tematica del sesso è anche l'incapacità dei castrati in ordine al matrimonio, e, in diritto giustiniano, all'adozione. Essi sono considerati una terza specie di esseri, né uomini né donne, cui pertanto non può spettare il ruolo, esclusivamente maschile, di marito o di adottante. Con queste limitazioni di diritto privato contrasta, particolarmente nel mondo bizantino, la posizione di preminenza che gli eunuchi rivestono a corte e nella copertura di varie cariche.

La perdita della capacità può essere originata da un comportamento riprovato dal costume o dall'ordinamento.

[infami] È questo il caso degli “infami”, le persone che, in origine a seguito di nota del censore, poi per l'intervento del pretore, e da ultimo degli imperatori, vengono considerate meritevoli di disistima.

L'elenco fornitoci da Gaio (4.182) degli “infami” (detti all'epoca sua *ignominiosi*) comprende i condannati in un giudizio concernente un delitto privato (furto, rapina, ingiuria) o un rapporto basato sulla buona fede (*fiducia*, società, deposito, mandato, tutela). Tale elenco va integrato particolarmente con le risultanze del Digesto e il tenore delle leggi di Augusto (soprattutto la *lex Iulia municipalis*), dovendosene allora aggiungere altri, come i dediti a turpi mestieri, i teatranti, gli omosessuali

passivi, i falliti, gli espulsi dall'esercito, chi avesse posto in essere contemporaneamente due fidanzamenti o matrimoni, i trasgressori di doveri imposti dal lutto.

A parte le conseguenze sul piano della stima sociale e del diritto pubblico, l'*infamia* comporta sostanzialmente il divieto di proporre istanze per altri, tranne gli stretti congiunti, o di rappresentare altri o farsi rappresentare in giudizio. Giustiniano tolse tuttavia valore alle eccezioni fondate sull'infamia del rappresentato o del rappresentante (I. 4.13.11[10]).

Nel periodo tardo imperiale l'*infamia* è talora pena accessoria per taluni reati, comportando allora anche conseguenze sotto il profilo della capacità successoria e persino dello *status* di cittadino.

[seguaci di religioni] A partire dall'epoca cristiana anche il credo religioso cominciò ad influire sulla capacità. In precedenza il diritto prese in considerazione le varie sette sotto il profilo amministrativo e criminale, quando i comportamenti dei seguaci contrastassero con i principi di ordine pubblico o la disciplina dei reati. Diversamente gli adepti al cristianesimo vengono, almeno nella fase calda delle persecuzioni, puniti per il semplice fatto del loro credo, in quanto considerati nemici dell'ordine costituito. Alla soggezione alla repressione criminale non si accompagnano però se non indirettamente, in quanto conseguenze di condanne, norme sanzionatorie di incapacità.

Ma quando l'impero diventa cristiano, la non adesione all'ortodossia diviene motivo di diminuzione della capacità. Al termine della parabola, il Codice di Giustiniano si apre con l'editto di Tessalonica con cui Teodosio I dichiara la religione cristiana l'unica dell'impero (380 d.C.) e raccoglie nel I libro costituzioni in precedenza emanate contro eretici, apostati, pagani, ebrei. Esse dispongono che eretici e apostati non possano acquistare né alienare beni, far testamento o ricevere per testamento, fungere da testimoni, sposare cristiani che praticino l'ortodossia. Ebrei e pagani non possono sposare cristiani né avere schiavi cristiani.

Infine un ulteriore motivo di incapacità può dipendere dall'attività, dalla funzione, dalla carica svolta.

[soldati] I soldati soffrono di limitazioni di capacità riguardo alla possibilità di rappresentare o essere rappresentati in giudizio, e incapacità quanto al contrarre matrimonio. Godono però di vari privilegi (vedi § 7; cap. VII § 5).

[senatori e funzionari] Limitazioni colpiscono anche i senatori e i funzionari delle province, come vedremo a proposito del matrimonio (§ seguente).

[sacerdoti] I sacerdozi pagani comportano anche talune incapacità, mentre, al pari dei funzionari imperiali, privilegiata è la posizione degli ecclesiastici in periodo cristiano.

[decurioni] Una carica un tempo di prestigio ma che a partire dal III secolo d.C. produce soprattutto obblighi e incapacità per il titolare è il decurionato. I decurioni, membri del consiglio cittadino (*curia*) sono onerati da responsabilità, quali quella di garantire, anche con il loro patrimonio, gli introiti fiscali.

A partire dal IV secolo d.C. la carica, rifuggita, viene imposta coattivamente, anzitutto ai discendenti dei decurioni, in coerenza col regime di vincoli che caratterizza l'ultimo periodo.

La loro capacità è limitata alquanto sul piano del diritto pubblico (sono loro vietate alcune cariche); dal punto di vista privatistico viene limitata la libertà di disporre dei beni.

10. *Il matrimonio*

La patria potestà si esercita anzitutto sui figli procreati in nozze legittime (*iustae nuptiae*). La primaria rilevanza giuridica dell'unione matrimoniale risiede in questa sua funzione strumentale. Nelle Istituzioni di Giustiniano significativamente la definizione di matrimonio si ritrova all'interno del titolo relativo alla patria potestà (I. 1.9.1). Nell'idoneità a fornire una discendenza legittima sta la peculiarità del matrimonio secondo il diritto civile rispetto ad ogni altra unione, ivi compreso il matrimonio quale istituto, presente presso tutti i popoli, di diritto delle genti.

Questa funzione strumentale contribuisce a giustificare l'opinione che vuole l'istituto regolato più dal costume che dal diritto. L'affermazione può valere nel senso che i rapporti tra i coniugi sono spesso condizionati dal contesto sociale, mentre il diritto si occupa anzitutto delle regole per assicurare una discendenza legittima.

[definizioni] Nelle nostre fonti si trovano due definizioni, aventi sicuramente più riguardo agli aspetti di carattere sociale ed etico. La prima, attribuita al giurista Modestino (III secolo d.C.), contenuta nel Digesto (23.2.1), afferma che “le nozze sono l'unione di un maschio e di una femmina e l'unione di tutta la vita, la comunione di diritto divino e umano”. La seconda, che, come si è detto, si trova nelle Istituzioni di Giustiniano, afferma che “nozze o matrimonio sono la congiunzione dell'uomo e della donna che implica un'inseparabile intimità di vita”. Entrambe sono ovviamente espressione del pensiero giustiniano, mentre si è discusso della loro rispondenza alla concezione classica.

[la diversità di sesso] Le definizioni considerano come presupposto dell'unione la presenza di un maschio e di una femmina. Il matrimonio ha una precisa funzione creatrice di discendenza (legittima): è definito da Cicerone *seminarium* (“semenzaio”) dello Stato. Ci si sposa, dicono le fonti, allo scopo di avere figli: ogni unione tra persone cui in rapporto al sesso è negata la persecuzione di questo scopo non può definirsi matrimonio.

Da questo discende l'inesistenza del matrimonio dei castrati: essi si evidenziano come una terza specie di esseri umani, tra i maschi e le femmine. Sono invece capaci di matrimonio gli ermafroditi, previa individuazione del sesso prevalente.

Non può essere matrimonio l'unione tra persone dello stesso sesso, benché, di recente, mirate opinioni abbiano voluto individuare casi di unioni matrimoniali omosessuali.

In materia va premesso che, fino al cristianesimo, le preclusioni della società pagana non si fondarono sulla negazione dell'omoerotismo. La sessualità è libera, con i limiti della tutela dei più giovani e della disistima in cui incorre l'uomo dedito all'omosessualità passiva. Si comprende allora perché, all'epoca di Marziale e Giovenale, barbuti individui in abito da sposa comparissero in cerimonie nuziali. Sennon-

ché, per l'ordinamento, una cosa sono manifestazioni erotiche, altro è il matrimonio, *seminarium* dello Stato. Più tardi, in periodo cristiano, sulla scorta dell'impostazione biblica, la negazione e la dura repressione dell'omosessualità cancellano il problema.

[il matrimonio si fonda sul consenso, non sulla consumazione] Sul punto però occorre una precisazione. La speranza della procreazione viene potenzialmente realizzata nel momento in cui un uomo e una donna si uniscono in matrimonio. Non si richiede la consumazione o la capacità di procreare. Il matrimonio esiste ed è valido anche se poi non segua l'unione sessuale. Nota Ulpiano (D. 35.1.15) che “il matrimonio si costituisce in base al consenso, non alla consumazione” (*nuptias non concubitus, sed consensus facit*).

Questa affermazione è giuridicamente più rilevante delle definizioni precedenti, non solo perché svaluta il dato, essenziale in altri ordinamenti, della copula, ma perché sottolinea l'elemento determinante del matrimonio romano: il consenso.

[consenso continuo] Il matrimonio, nella concezione classica, era fondato sulla volontà continua di persone conviventi di essere coniugi, non sul rapporto sessuale o il perdurare degli effetti di un atto iniziale.

Non esiste una forma del matrimonio avente carattere continuativo: i riti e le cerimonie, come l'ingresso nella casa del marito, sono elementi importanti, ma appartenenti al costume, che servono a pubblicizzare la convivenza e ad identificare il momento iniziale di un'unione di volontà che, se non perdura, da nulla può essere surrogata.

La volontà di essere marito e moglie viene definita *maritalis affectio* in quanto l'uomo è sempre punto di riferimento dell'unione.

[consenso iniziale] La concezione del matrimonio muta a partire dal periodo post-classico. La dottrina cristiana, avversa al divorzio, favorito dalla concezione che fonda il matrimonio sul permanere del consenso, trova la spiegazione del perdurare del matrimonio nel compimento di un atto iniziale, in piena corrispondenza con le conseguenze della celebrazione del sacramento. Il principio che le nozze dipendono dal consenso vale ancora; adesso però il consenso è inteso come iniziale, che perdura anche se l'intenzione dei coniugi di essere marito e moglie è venuta meno. Questa concezione è funzionale alla limitazione della libertà di divorzio.

Sotto questo profilo l'“inseparabile intimità di vita” della veduta definizione delle Istituzioni di Giustiniano è bivalente. In una prospettiva confessionale può significare indissolubilità; nella visione laica, erede della concezione classica, significa che la volontà non può nascere rivolta ad un accordo temporaneo, ma, lungi dall'ipotecare il futuro, vuole determinare, finché esiste, gli effetti propri dell'unione coniugale, senza limitazioni o condizionamenti.

[monogamia] La nuova concezione postclassica del consenso pone all'ordinamento il problema di una pluralità di vincoli coniugali, tra l'altro ammessa da alcune consuetudini provinciali.

Il matrimonio romano è sempre caratterizzato dalla monogamia. Richiedendosi il perdurare del consenso, nel momento in cui la *maritalis affectio* si rivolge debitamente ad altri è questo l'unico matrimonio. È infame chi dà rilevanza esterna, come

matrimoni, a una pluralità di rapporti.

Nel diritto tardo, il valore ammesso al consenso iniziale, indipendentemente dal suo perdurare, portò alla possibilità di riscontrare una contemporaneità di vincoli e alla conseguente repressione criminale della bigamia.

[matrimonio e *manus*] Il matrimonio, pur privo di forme, e modellato, per molti aspetti, dal costume, ha i suoi caratteri. Nel periodo più antico, è tuttavia in certo modo inglobato nella *manus* che ad esso regolarmente si accompagna. I rapporti matrimoniali sono condizionati da quelli di tipo potestativo.

Sennonché, progressivamente, a partire dal III-II secolo a.C., si afferma l'idea di un matrimonio senza la *manus*. Scompaiono i condizionamenti imposti dal rapporto di soggezione. Il matrimonio, sempre fondato sul consenso, emerge nella sua autonomia. Cambierà la condizione della donna: da moglie in mano, sottoposta al marito (o al padre di lui), a semplice moglie.

[matrimonio di diritto delle genti] Il matrimonio, quale unione del maschio e della femmina, riscontrabile in tutte le specie animali (I. 1.2 pr.), compare presso tutti i popoli. Produttivo di conseguenze sul piano civilistico, e principalmente della sottoposizione a potestà dei nati, è però soltanto il matrimonio “giusto e legittimo” (*iustum et legitimum*). **[matrimonio giusto e legittimo requisiti:]** Per essere tale, l'unione deve rispondere ai requisiti richiesti: l'età pubere delle parti, il loro consenso, l'assenso di altre persone, la presenza del *conubium*.

[pubertà] Il requisito della pubertà discende dalla almeno potenziale funzione delle nozze quale *seminarium* dello Stato e dalla conseguente necessità che le parti dispongano della maturità fisiologica.

Sono puberi il maschio e la femmina che abbiano raggiunto lo sviluppo sessuale. Per questo meglio si usa il termine *viripotens* (“idoneità al rapporto sessuale col marito”).

La determinazione del momento della pubertà fu affrontata, come vedremo, dai giuristi a proposito della tutela, ma con ovvi riflessi sul matrimonio. Per il maschio si oscillò tra l'età fissa (quattordici anni) e l'accertamento dello sviluppo caso per caso, ed ebbe seguito un'opinione che richiedeva tanto l'età quanto la verifica. Per la donna, nonostante diverse pronunce della medicina, l'età fu sempre fissata in dodici anni. Testimonianze epigrafiche fanno riferimento anche a limiti inferiori; ma non è a volte possibile distinguere tra nozze e fidanzamento.

[consenso] Indispensabile, per la più profonda natura del matrimonio romano, è il consenso delle parti, di cui necessita il perdurare, ma che ha rilievo nel momento di determinazione iniziale, da cui scaturirà, salvo successivi comportamenti incompatibili, il protrarsi del vincolo. Le cerimonie e in particolare l'ingresso nella casa del marito rendono esteriore questa volontà.

La necessità del consenso impedisce al pazzo di contrarre matrimonio, ma la malattia mentale sopravvenuta scioglie il matrimonio solo se l'altro coniuge lo voglia.

[assenso] Altro requisito richiesto è l'assenso del padre degli sposi, e anche del nonno, se il padre è in potestà. Per il maschio si richiede un consenso esplicito, per la femmina una non opposizione.

Problematico fu il caso del *pater* non sano di mente: Giustiniano risolse definitiva-

mente ogni questione (C. 5.4.25; I. 1.10 pr.) stabilendo che non fosse necessario, né per l'uomo né per la donna, l'assenso del padre in ogni caso di malattia mentale, fosse egli *demens* (deficienza mentale) o *furiosus* (pazzia con lucidi intervalli).

[conubium.] Infine, non deve mancare il *conubium*, il lasciapassare del matrimonio legittimo. Il *conubium* esiste se vi siano idonee condizioni relativamente alla cittadinanza e alla parentela. Le fonti classiche lo definiscono come la capacità di contrarre validamente matrimonio secondo il diritto civile. Manca di regola nei confronti degli stranieri, salvo concessione. Manca altresì nei confronti di persone unite da un rapporto di parentela od affinità. Stante il limite imposto dalle diverse situazioni riguardo alla cittadinanza, l'esistenza del *conubium* non è certo la regola.

Ma la *Constitutio Antoniniana* toglie al *conubium* ogni giustificazione come requisito positivo. Salvo eccezioni tutti ora sono cittadini romani: sotto questo profilo l'unione è sempre legittima. Resta l'altro limite (rapporti di parentela), che quantitativamente condiziona assai meno la facoltà di sposarsi.

La capacità sotto il profilo civilistico è ora data per scontata, salvo determinate eccezioni. **[gli impedimenti:]** Dalla richiesta di un requisito positivo si passa alla verifica dell'inesistenza di impedimenti. È questo il punto di vista giustiniano, in cui *conubium* ha il nuovo significato di matrimonio.

In sostanza il diritto classico richiede l'esistenza del *conubium*; il diritto ultimo l'assenza di impedimenti.

A parte la diversa impostazione, vediamo quali motivi, fuori della tematica della cittadinanza, già affrontata, vietarono il matrimonio.

[parentela] Non hanno *conubium* tra loro (ovvero c'è impedimento) i parenti in linea retta (genitori e figli, e così all'infinito). In linea collaterale, fermo il divieto di nozze in secondo grado (tra fratelli) diversamente da diritti orientali endogamici, oscillazioni vi furono sul terzo e quarto grado. Le nozze tra zii e nipoti erano vietate, ma l'imperatore Claudio, attraverso un senatoconsulto, ottenne di sposare Agrippina figlia di suo fratello Germanico; la nuova norma cadde solo nel IV secolo d.C. I matrimoni tra cugini, temporaneamente vietati nel mondo postclassico, sono leciti all'epoca di Giustiniano. A partire dal quarto grado la libertà è quindi piena, con l'eccezione del nipote del fratello e della sorella (I. 1.10.3).

[affinità] Divieti di matrimonio ci sono anche per affinità, il vincolo che lega un coniuge ai parenti dell'altro coniuge. Vale sempre il divieto in linea retta (con chi era stata suocera, nuora, ecc.); nel mondo postclassico il divieto vale anche in linea collaterale. Talora non è la legge, ma il costume, a suggerire le regole: conviene così astenersi dalle nozze con la fidanzata del figlio o del padre (I. 1.10.9). Le unioni non consentite tra parenti e affini integrano fattispecie criminose di incesto.

[divieti particolari] Alcuni divieti di nozze furono stabiliti per situazioni speciali. Sotto Augusto, a difesa dei costumi e dell'ordine, venne vietato il matrimonio dell'adultera, e quelli tra persone di rango senatorio e libertine, e fra ingenui e donne di cattiva fama. Nell'impero sorgono altre proibizioni. Il funzionario della provincia, non può, a garanzia di una buona amministrazione, sposare una donna originaria del luogo. Il tutore non può sposare la pupilla, poiché, attraverso il matrimonio, potrebbe nascondere eventuali magagne della sua gestione. Vi furono, in particolari

luoghi e circostanze, divieti per i militari. Nel contesto della legislazione contro il ratto, sotto Costantino, al rapitore non sono consentite nozze riparatrici con la vittima.

Altri divieti, come quello tra cristiani ed ebrei, infine si fondano su motivi religiosi.

[le leggi augustee] All'infuori dei divieti, il matrimonio si fonda teoricamente su una libera scelta, sia riguardo alla persona del coniuge, sia alla stessa opportunità dell'instaurazione del rapporto matrimoniale. Tale libertà fu indirettamente limitata dalla legislazione di Augusto, determinata dall'esigenza di incrementare la popolazione romana, soprattutto in quelle classi elevate che, per egoismo o dissolutezza, rifiutavano il vincolo nuziale e la procreazione. A questo servirono le leggi Giulia "sul matrimonio delle classi" (*de maritandis ordinibus*) e Papia Poppea.

Si impone l'obbligo matrimoniale agli uomini e alle donne in età feconda e idonea ad una scelta pienamente responsabile, fissata per gli uomini tra i venticinque e i sessant'anni (anche se la capacità di procreare può persistere oltre) e per le donne tra i venti e i cinquant'anni, età oltre la quale la possibilità di procreare diviene eccezionale. Dato che non si può imporre coercitivamente di sposarsi e far figli, le leggi devono ricorrere a meccanismi indiretti che operano sul patrimonio. La capacità (qui compare il termine: § 1) del coniuge di acquistare dall'altro è dipendente dal numero di figli avuti in matrimonio (un decimo per ogni figlio oltre a un decimo per la loro unione). La capacità di acquistare dei celibi e degli *orbi* (sposi senza figli) viene limitata qualora si tratti di patrimoni cospicui non provenienti da parenti stretti. I primi, se non si sposano entro cento giorni dalla chiamata all'eredità, perdono tutto quanto loro lasciato; gli altri perdono la metà.

Su queste norme si fondò il regime dei *caduca* (cap. VII § 2). Le norme ad incremento dei matrimoni e la legislazione sui celibi e gli *orbi* vennero poi meno sotto l'impero cristiano.

Dalla stessa legislazione di Augusto non fu più consentito ai padri di proibire senza motivo il matrimonio dei figli, e si sottoposero agli obblighi di nozze, dopo un periodo di dilazione, anche le vedove e le divorziate.

[seconde nozze] Per ragioni demografiche il diritto augusteo favorì le seconde nozze della donna, contro la tendenza della società più antica.

In periodo cristiano si ha però un ritorno al passato: il matrimonio non è lo stato ideale, ma un rimedio alla concupiscenza, e chi conserva lo stato di vedovanza è meglio accetto. Si vuole inoltre evitare che i figli del primo matrimonio siano danneggiati dal secondo: chi si risposa deve subire le pene per le seconde nozze, che significano la perdita, a favore dei figli di primo letto, del patrimonio ricevuto dal defunto, e limiti nella possibilità di beneficiare il secondo coniuge.

La vedova deve comunque attendere prima di risposarsi. Già il diritto sacro aveva previsto un periodo di lutto (il "tempo di piangere" [*tempus lugendi*] il marito) con sanzioni in caso di inosservanza. Il divieto fu successivamente interpretato come volto ad evitare problemi di paternità, e anche in questa prospettiva si giustifica la successiva estensione alle divorziate. Nel diritto postclassico alla donna che non rispetta il lutto vedovile vengono comminate l'infamia e sanzioni patrimoniali.

[fidanzamento] Il matrimonio può essere preceduto dalla promessa di future nozze (gli sponsali, da cui “sposo” e “sposa”). Il nome deriva dal negozio utilizzato in origine, la *sponsio* (cap. VI § 8) con cui il padre prometteva solennemente allo sposo e al padre dello sposo la mano della figlia.

Ancora nel III e forse II secolo a.C., nel caso di inadempimento alla promessa, operava la sanzione del pagamento di una somma di denaro, tutelata mediante l'azione derivante dalla *sponsio*. Nella tarda repubblica, mentre la promessa di matrimonio non è più vincolante, qualunque mezzo può essere utilizzato per esprimere un siffatto consenso: anzi il pretore considera illecita la promessa di fidanzamento operata attraverso la *sponsio*.

Il fidanzamento classico, vicino alla concezione del matrimonio, non limita quindi la libertà: la promessa non è sanzionata da azione, la stipulazione di una penale è annullata dall'eccezione concessa dal pretore.

Cambiamenti si hanno nel mondo postclassico quando il fidanzamento, anche sotto l'influsso del diritto della Chiesa, viene considerato, accentuandosi le tendenze espresse in varie disposizioni dall'ordinamento precedente, come un'anticipazione del matrimonio e caratterizzato mediante elementi rituali. Dal diritto semitico viene introdotto il fidanzamento arrale (*arra*: caparra), che reintroduce praticamente una penale per l'inadempimento. Il fidanzato offre alla fidanzata una somma: se ingiustificatamente rifiuta le nozze, perde quanto offerto; nel caso contrario la sposa deve restituire un multiplo.

[scioglimento del matrimonio:] Il matrimonio si scioglie per cause oggettive o per il venir meno della volontà dei coniugi (anticamente, e più a lungo per la figlia, anche la volontà del *pater*).

[per cause oggettive] Del primo gruppo vengono in considerazione anzitutto la morte e la *capitis deminutio*.

La perdita della libertà (*capitis deminutio* massima), non potendo esserci matrimonio tra liberi e schiavi, fa sì che le nozze del cittadino romano prigioniero si sciolgano; né esse rivivono nonostante il postliminio (§ 3), dovendosi ricostituire un nuovo rapporto. In diritto giustiniano la prigionia non scioglie il matrimonio, se non dopo un quinquennio.

Anche la perdita della cittadinanza (*capitis deminutio* media) del coniuge, fa venir meno il rapporto. Giustiniano peraltro stabilì definitivamente che, in caso di condanne penali comportanti perdita della libertà (lavori forzati) o della cittadinanza (deportazione) restasse in piedi il matrimonio (Nov. 22 capi 8 e 13). Il cambiamento dello stato familiare (*capitis deminutio* minima) di per sé è influente, a meno che non comporti una situazione incompatibile col matrimonio (ad esempio adozione della propria moglie).

[per divorzio:] Di maggiore interesse è lo scioglimento dovuto alla volontà dei coniugi di far venire meno il rapporto, volontà espressa da entrambi (divorzio in senso stretto), ovvero da uno soltanto (ripudio).

Il principio del divorzio è connaturato al diritto romano, fondato sulla volontà continua. Al venir meno di questa consegue lo scioglimento: illeciti sono gli strumenti pattizi tesi a limitare questa libertà.

Questa impostazione, che fu essenzialmente del diritto classico, subì in varia misura l'influenza del costume nel periodo più antico e dell'ideologia cristiana nelle epoche più tarde.

[in antico] Anticamente il divorzio non viene praticato. Le norme attribuite a Romolo, quale sia la loro attendibilità, indicano uno sfavore del costume verso l'istituto. Si afferma che il marito che avesse inviato ripudio fuori dei motivi previsti sarebbe stato colpito da pene patrimoniali, mentre alle donne sarebbe stato addirittura proibito. Sicuramente per queste ultime la *manus* costituì di fatto un ostacolo al divorzio anche al di fuori di una esplicita proibizione. Dopo aver ripudiato il marito infatti la donna avrebbe dovuto essere posta in mancipio di un terzo che, liberandola, l'avrebbe resa *sui iuris*. Ma il comportamento del marito era incoercibile, e solo l'intervento pretorio le assicurò poi la liberazione.

Il divorzio è comunque per lungo tempo visto con sfavore; fa scalpore se praticato. I censori, custodi dei costumi, colpiranno sempre ogni abuso.

[in diritto classico] A partire dall'ultimo periodo della repubblica si incomincia a divorziare con facilità, né l'ideologia restauratrice di Augusto modifica di molto la tendenza. Al divorzio non sono imposti, se non indirettamente (come attraverso sanzioni, in sede di restituzione di dote, per il coniuge colpevole, e la repressione delle unioni extramatrimoniali) limiti sostanziali. La legge Giulia *de adulteriis* impone al coniuge ripudiante solo l'osservanza di requisiti formali.

[nel periodo cristiano] La concezione cristiana, contraria alla dissolubilità del matrimonio, determina le novità a partire dal periodo postclassico. L'ideale religioso non riuscirà tuttavia a scalfire il principio che il matrimonio non può sussistere se non vi è la concorde volontà di mantenerlo in vita, potendosi eventualmente solo punire la trasgressione ai divieti di scioglierlo.

[con Costantino] Con Costantino si punisce il divorzio unilaterale. Il marito e la moglie possono ripudiare solo a seguito di gravi accuse; se il marito è omicida, *medicamentarius* (somministra pozioni velenose o magiche), violatore di sepolcri; se la moglie è adultera, *medicamentaria*, mezzana. Per chi trasgredisce ci sono gravi pene criminali e patrimoniali.

[con Giustiniano.] Dopo che la legislazione postclassica fu tendenzialmente orientata verso l'attenuazione della severità costantiniana, il problema fu affrontato da Giustiniano, dopo vari interventi, definitivamente nella legislazione ultima delle Novelle (specialmente le Novv. 22, 117 e 134).

Lo scioglimento del matrimonio può avvenire senza pena o con pena. Sono senza pena i divorzi fatti per mutuo consenso e quelli che avvengono a causa di un evento incolpevole, come l'incapacità di generare, la pazzia, o la prigionia dopo un quinquennio. Sono ancora senza pena per il ripudiante i divorzi basati su giuste cause, previste dall'ordinamento in misura più ampia rispetto a Costantino. Causano invece una pena al ripudiante (reclusione perpetua in convento e perdita del patrimonio) i divorzi fatti in assenza delle cause previste.

Nell'ultima legislazione aumenta l'atteggiamento di sfavore di Giustiniano verso il divorzio. In particolare viene meno, con la Nov. 117 del 542, il principio che vuole libero e rimesso alla volontà delle parti il divorzio per mutuo dissenso. I coniugi

sono puniti con le stesse pene previste in caso di scioglimento senza giusta causa, a meno che lo scioglimento non dipenda dal voto di castità. Ma il successore, Giustino II, un anno dopo la morte di Giustiniano, ritornò alla libertà di divorzio consensuale.

11. Cont.: il regime patrimoniale

Dal matrimonio derivano conseguenze sul piano personale e patrimoniale.

[effetti di carattere personale] In ordine al primo aspetto, di minor rilievo giuridico, gli obblighi per i coniugi furono regolati anzitutto dal costume, e videro le parti in posizione disuguale che si perpetuò anche quando la donna non fu più sottomessa alla *manus*. Le sanzioni criminali per adulterio gravano soltanto sulla donna; la residenza è la casa del marito; il rango sociale è quello di lui. Diversamente, a un reciproco dovere di rispetto sono informate le norme che vietano ai coniugi di far valere, l'uno contro l'altro, azioni che comportino l'*infamia* per il soccombente.

[effetti patrimoniali] Riguardo ai rapporti patrimoniali, se il matrimonio è accompagnato dalla *manus*, la moglie, assimilata ai figli, è priva di capacità. Scomparsa la *manus*, la donna, se *sui iuris*, è titolare di un patrimonio di cui può disporre liberamente, stante un regime di separazione. Per azioni reciprocamente intentate, entrambi rispondono nei limiti delle proprie sostanze (*beneficium competentiae*: cap. III § 7 in fine).

[la dote] La società coniugale comporta peraltro degli oneri economici (gli *onera matrimonii*), che gravano sul marito, capo della famiglia e inizialmente unico titolare di patrimonio. A questa necessità corrisponde l'istituto della dote, definito come il complesso di beni apportati dalla moglie al marito al fine di sostenere i pesi del matrimonio.

In origine la dote assolve anche un'altra funzione, forse determinante per l'origine dell'istituto. Nei matrimoni con *manus*, gli unici del periodo antico, la donna entra in luogo di figlia nella famiglia del marito. In questa nuova condizione ha aspettative successorie soddisfatte con i beni della famiglia di lui. La dote della donna rappresenta allora la liquidazione anticipata della sua quota ereditaria rispetto alla famiglia di origine e un corrispettivo di quanto potrà in seguito ereditare.

Nel matrimonio senza la *manus*, la donna resta membro della famiglia di origine e non vanta aspettative successorie verso la famiglia dell'uomo, cosicché l'unica giustificazione dell'istituto dotale sta nella funzione di contribuire alle necessità dell'unione coniugale.

Non esiste un obbligo giuridico di costituire la dote; è però il costume a richiederla, e si considera indecoroso andare a nozze indotate. Con Giustiniano, che dice di rifarsi a precedenti leggi, la dote è ormai un obbligo gravante sul padre. Non è però costitutiva del matrimonio né, salvo eccezione, lo prova, giacché “i matrimoni non si contraggono con le doti, ma col reciproco affetto” (C. 5.17.11 pr.; Nov. 18.4.1; ecc.).

[costituzione di dote] La costituzione di dote incrementa il patrimonio del marito

per i fini esposti. Essa avviene mediante *datio*, *dictio*, *promissio*, e vale a condizione che seguano le nozze.

La (*dotis*) *datio* ha effetti reali e consiste nel trasferimento di beni in proprietà al marito attraverso gli atti traslativi del dominio. Le altre due forme, a effetti obbligatori, consistono in negozi solenni. La (*dotis*) *dictio* vede una dichiarazione (“avrai per dote”) del costituente che fa sorgere a favore del marito un diritto di credito. Questo sorge anche nella (*dotis*) *promissio*, ma non più da dichiarazione unilaterale bensì da una domanda e una risposta (stipulazione [cap. VI § 8]). Mentre la *datio* e la *promissio* possono essere fatte da chiunque, l'assegnazione può essere compiuta solo dalla donna, dal suo ascendente o dal suo debitore.

Nel mondo postclassico Teodosio II afferma essere sufficiente la promessa informale (C.Th. 3.13.4); tuttavia nella prassi alle predette formalità si sostituisce un atto scritto, da sottoporre a registrazione.

[regime dei beni dotali] La proprietà delle cose dotali è del marito, in coerenza con la derivazione del matrimonio con *manus*. Successivamente, la scomparsa dei matrimoni con *manus* e l'incremento dei divorzi induce la concezione di una temporanea appartenenza al marito dei beni dotali, di cui viene imposta la restituzione in caso di morte della donna o di divorzio. Anche l'ampiezza dei poteri spettanti al marito viene limitata: per una norma di Augusto (un capo della *lex Iulia de adulteriis* o un'autonoma *lex Iulia de fundo dotali*) il marito non può alienare i fondi italici dotali senza il consenso della moglie e, secondo Giustiniano (I. 2.8 pr.) per la stessa legge (ma forse per estensioni successive), in nessun modo ipotecarli.

Nei testi compaiono problematiche espressioni, come “benché la dote sia nel patrimonio del marito, pur tuttavia è della moglie” (D. 23.3.75), che illustrano le difficoltà di inquadramento dell'istituto, di fronte alla intrinseca operatività dell'obbligo di restituzione e alla connessa limitazione dei poteri dell'uomo. Si può quindi affermare che la dote appartiene al marito, ma con i condizionamenti derivanti dall'obbligo di restituzione. Il contrasto tra il principio teorico della spettanza all'uomo e il regime in concreto dei beni si accentua con Giustiniano, che dispone che tutti gli immobili, italici o non, non possano essere né ipotecati né alienati, nemmeno col consenso della moglie (C. 5.13.1.15 ss.; I. 2.8 pr.; il divieto si attenua in Nov. 61 del 537).

[restituzione] La restituzione diviene dunque momento essenziale di una disciplina dotale orientata dalla sua attesa. In origine la restituzione non è connessa alla dote, a meno che il costituente non se ne riservi il recupero attraverso una formale promessa del marito tramite stipulazione.

[actio rei uxoriae] Più tardi, a seguito dell'intervento del pretore, la restituzione viene assicurata indipendentemente dalla promessa, attraverso l'*actio rei uxoriae* (*res uxoria*: “dote”).

[trattenute] Sull'*actio rei uxoriae* si fonda il regime classico della restituzione, che opera in caso di morte della donna o di divorzio. Il suo ammontare è determinato attraverso il meccanismo delle *retentiones*, trattenute spettanti al marito per determinate cause. In caso di morte della donna, la dote proveniente dal padre gli va restituita, trattenendo il marito un quinto per ogni figlio nato dal matrimonio; la dote

proveniente da altri va restituita, se così si era stipulato.

In caso di divorzio, l'azione di restituzione spetta alla donna ovvero al padre se lei è in potestà. Se il divorzio avviene per colpa della donna, il marito può trattenere un sesto per ogni figlio. Il comportamento di lei ancora rileva in quanto, se adultera, il marito può trattenere un sesto, e, per condotta sconveniente, un ottavo.

Anche la cattiva condotta del marito influisce sulla restituzione, facendogli perdere in tutto o in parte il beneficio di restituire a rate le cose fungibili.

Altre trattenute, sciolto il matrimonio, possono essere effettuate per le spese necessarie e utili (su tale nozione cap. V § 6) effettuate per le cose dotali e ancora per le donazioni fatte alla moglie o per le cose sottratte dalla moglie al marito per le quali non sia stata esercitata l'apposita azione di recupero (*actio rerum annotarum*).

[disciplina giustiniana] Con Giustiniano le cose cambiano. Anzitutto il sistema delle trattenute viene abolito, essendovi o precise norme di diritto (si stabilisce che, avvenuto il divorzio, la moglie colpevole perda la dote) o un idoneo strumento processuale senza necessità per il marito di giocare di rimessa. Ma soprattutto si rafforzano gli strumenti a disposizione della donna per la restituzione.

L'*actio rei uxoriae* viene abolita, sostituita nei testi da una generica *actio de dote*, e al suo posto è introdotto un sistema complesso che prevede anzitutto un'azione personale detta *actio ex stipulatu*, “azione da stipulazione”, come se ci fosse stato un contratto per la restituzione (che invece non c'è stato). Con questa la moglie fa valere un obbligo del marito alla restituzione. Poi un'azione reale di rivendica (che va direttamente sui beni) e, accanto a questa, sempre sui beni dotali, anche un'anomala azione ipotecaria, che li considera come gravati da un vincolo che ne assicura la restituzione alla donna. Dietro questa varietà di denominazioni si nasconde la sempre minor rilevanza dello strumento processuale rispetto al fine di recuperare in ogni modo i beni dotali. Completa il tutto un'ipoteca tacita sui beni del marito, a garanzia della restituzione.

[donazione prima delle (per le) nozze] A partire dall'età postclassica l'affermazione di un altro istituto contribuisce alla creazione di un patrimonio per le necessità dell'unione coniugale. Usava infatti in Oriente che il fidanzato facesse alla donna una donazione cospicua (detta *donatio ante nuptias* [“donazione prima delle nozze”]) in vista delle successive nozze e subordinatamente alla loro conclusione. L'usanza dei doni esisteva anche a Roma, ma si trattava di regali di scarso importo, esaurienti la loro funzione all'interno del rapporto di fidanzamento: per recuperarli, in caso di rottura, occorreva averli fatti a espressa condizione che seguissero le nozze (Frag. Vat. 262).

L'istituto della donazione *ante nuptias* risponde invece allo scopo di provvedere alle necessità della moglie, una volta finito il matrimonio, e di contribuire a sostenere i pesi del matrimonio e in particolare al mantenimento dei figli.

Come la moglie con la dote porta beni al marito, così il marito con la *donatio ante nuptias* porta beni alla moglie. È una specie di contro-dote, avendo la funzione di costituire, insieme a questa, una sorta di patrimonio comune nell'interesse della famiglia.

La *donatio ante nuptias* va fatta, come dice il nome, prima del matrimonio, non po-

tendo il marito effettuarla dopo, stante il divieto di donazioni tra coniugi (cap. VII § 12). Giustino, predecessore di Giustiniano, consente però che possa essere incrementata e persino, a determinate condizioni, costituita, durante il matrimonio (C. 5.3.19). Giustiniano, proprio per la sua funzione equilibratrice rispetto alla dote, generalizza, stabilendo che possa essere sempre costituita anche in costanza di matrimonio.

L'antica denominazione appare allora superata, e lo stesso Giustiniano sostituisce l'espressione "donazione prima delle nozze" con quella di "donazione per le nozze" (*propter nuptias*). Termine di riferimento è la dote: come nota Giustiniano (C. 5.3.20.3), tra i due istituti c'è ormai corrispondenza.

12. Concubinato e legittimazione

Al momento della nascita i discendenti da nozze legittime vengono in potestà degli adolescenti. È possibile tuttavia che l'acquisto dello stato di legittimi e la conseguente attribuzione della patria potestà avvenga in un momento successivo. Nel mondo postclassico serve a questo l'istituto della legittimazione.

[acquisto della potestà successivamente alla nascita in rapporto alla cittadinanza] Anche in precedenza, in diritto classico, era possibile che un figlio, alla nascita non in potestà, vi pervenisse successivamente. I figli di non cittadini non sono in potestà; ma l'acquisto della cittadinanza posteriormente alla nascita può indurre l'ordinamento a riconoscere un rapporto potestativo.

I casi sono enumerati nelle Istituzioni di Gaio (1.65 ss.). Dal loro esame si ricava anzitutto che se l'acquisto della cittadinanza è condizione sempre necessaria per l'instaurazione di un rapporto potestativo, talora non è sufficiente, non accompagnandosi ad essa automaticamente l'acquisto della potestà.

Da Adriano è stabilito che se lo straniero ottenga la cittadinanza per sé e i figli, questi cadano in sua potestà solo se ciò venga espressamente disposto previa istruttoria, particolarmente accurata nel caso di figli impuberi o assenti. Le conseguenze potrebbero infatti essere per loro pregiudizievoli. Questa cautela risulta anche nel caso ottenga la cittadinanza lo straniero insieme alla moglie incinta. Pur ritenendosi che il figlio nasca cittadino romano (facendosi, in suo favore, riferimento al momento della nascita e non a quello, essenziale per la determinazione dello *status*, del concepimento) non vi è alcun automatismo, occorrendo, per acquisire la potestà, separata richiesta e concessione (Gai. 1.93-94).

Talora la patria potestà segue automaticamente all'acquisto della cittadinanza: nel caso divenga cittadino il latino col figlio di un anno (Gai. 1.66); nel caso del singolo o della collettività cui venga attribuito "il diritto di Lazio" (*ius Latii*) a cui in età imperiale consegue la cittadinanza (1.95-96); nell'eventualità del matrimonio concluso per errore con una persona non cittadina il che, una volta provato, comporta una sanatoria per tutti e la sottoposizione del nato a potestà (*erroris causae probatio*: 1.67-68).

Si tratta di una complessa tematica legata alla cittadinanza; una volta sostanzial-

mente scomparsa, con la *Constitutio Antoniniana*, ogni differenziazione nell'ambito dell'impero, il problema, all'interno dell'ordinamento romano, è superato.

[i nati da concubinato] L'argomento della legittimazione riguarda invece i figli nati fuori dal matrimonio da cittadini romani, uniti in un rapporto stabile. In proposito va premessa la distinzione di partenza dei figli tra legittimi, concepiti da nozze legittime, che seguono la condizione del padre e sono in sua potestà, se cittadino romano, e illegittimi (*spurii* o *vulgo concepti*), liberi nati da nozze illegittime o da qualsivoglia unione che hanno lo *status* della madre. L'introduzione della legittimazione è conseguente all'isolamento, tra gli illegittimi, della categoria dei nati dal rapporto stabile di coppia, ovvero il concubinato.

[il concubinato] È concubinato l'unione stabile di un uomo e di una donna, tra i quali non vi è l'intenzione di stabilire un rapporto coniugale. Talora è l'ordinamento a creare il presupposto per una unione di questo tipo, vietando le nozze tra talune categorie di individui. L'assenza o l'impossibilità di *maritalis affectio* diversifica poi il concubinato dal matrimonio non legittimo.

Da un punto di vista oggettivo il concubinato si modella sul matrimonio: esso presuppone la convivenza e l'unione sessuale (da *cum* e *cubare*, “andare a letto insieme”); ma è assente il consenso che identifica l'unione matrimoniale. I figli sono, fino all'epoca postclassica, assimilati a quelli nati da relazioni occasionali (*spurii* o *vulgo concepti*).

Il concubinato fu anzitutto regolato dal costume. Nelle fonti compare spesso il riferimento alla relazione stabile di un uomo, sposato o meno, con una donna, indicata con termini vari (*concubina*, *amica* e soprattutto in antico *pellex*). **[la legislazione di Augusto]** Con la legislazione di Augusto il concubinato, sino a quel momento rilevante di fatto, diviene uno dei possibili e talora necessari modi di inquadramento giuridico della sessualità.

La legislazione augustea del settore persegue, al fine di moralizzare i costumi, la repressione delle relazioni sessuali fuori del matrimonio, e quindi la tendenziale riconduzione della sessualità entro i confini coniugali.

L'unione con una donna onesta e nata libera (*ingenua*) fuori del matrimonio è vietata e punita. Se la donna è già unita in matrimonio ad altri, si realizza un adulterio. Se la donna è vedova o nubile si ha uno *stuprum*.

Le norme esentano però le relazioni con donne libertine, di oscure origini, e di facili costumi e cattiva fama (*famosae*, *probrosae*) come prostitute, mezzane, attrici. Con queste è infatti possibile instaurare una relazione stabile non matrimoniale senza cadere nel crimine di *stuprum*. Talora anzi un concubinato è praticamente imposto. Così accade a seguito delle norme che vietano il matrimonio del senatore con la liberta, o dell'ingenuo con la donna di cattiva fama.

Si apre così una zona franca che vede il concubinato riconosciuto dal diritto, ad identificare un'unione stabile che non è matrimonio, ma che si sottrae alle pene previste per l'adulterio o lo *stuprum*. L'attenuarsi della rigida regola che puniva la relazione con donne di onesti costumi incrementò poi ulteriormente l'incidenza di relazioni concubinarie.

[la legislazione cristiana] Di fronte al concubinato la legislazione cristiana, ad esso

nemica, si pone l'obiettivo di ricondurlo, per quanto possibile, al superiore istituto matrimoniale. Il fine è perseguito attraverso un sistema di disincentivazioni e incentivazioni.

Da un lato si tolgono i possibili vantaggi per la concubina ed i figli, limitando le donazioni e i lasciti in loro favore. Ma nel contempo si incentiva il matrimonio, consentendo la riconduzione in potestà dei figli nati dall'unione, dandosi così origine all'istituto della legittimazione.

[i figli “naturali”] I nati da unioni stabili vengono ora differenziati dagli altri illegittimi attraverso la terminologia di figli “naturali”, che un tempo indicava i figli procreati contrapposti agli adottivi ed ora, senza perder del tutto l'antico significato, è utilizzata per indicare i figli dei concubini.

[modi di legittimazione postclassici] La legittimazione permette appunto di ricondurre i figli concepiti in unione stabile fuori del matrimonio (figli naturali) sotto la potestà del padre in un momento successivo alla nascita.

Strumento principale è il matrimonio; ed è appunto questo il più antico modo di legittimazione. È Costantino, primo imperatore cristiano, a disporre che i figli nati dalla coppia prima delle nozze siano equiparati a quelli nati successivamente, col che è affermato il principio che vuole ricondurre le unioni sessuali nell'alveo del matrimonio ed è realizzato l'interesse dei figli a raggiungere la legittimità.

Più tardi, a partire da Teodosio II, si delinea una nuova forma di legittimazione: quella “per offerta alla curia” (*per oblationem curiae*). Sussistendo certe condizioni, i figli acquistano vantaggi successori propri dei legittimi qualora siano, se maschi, forniti di un patrimonio sufficiente per la carica di decurione (§ 9), evitata per il suo carattere coattivo e oneroso, se femmine, fornite della dote necessaria per sposare un decurione.

[la definitiva regolamentazione di Giustiniano:] In diritto giustiniano si intensifica la tendenza a ricondurre il concubinato al matrimonio, attraverso il rafforzamento dell'istituto della legittimazione per susseguente matrimonio e l'imposizione al concubinato delle regole di quello.

[(disciplina del concubinato)] Ora è ammessa la convivenza con donne ingenuae e oneste, ma non è consentito avere più concubine, né una concubina accanto alla moglie; valgono inoltre gli stessi impedimenti alle nozze. Il concubinato è un matrimonio di secondo ordine, ma con più sfavorevole situazione patrimoniale, per non renderlo competitivo col matrimonio.

Relativamente alla legittimazione, Giustiniano conferma e rafforza l'istituto. La legittimazione per susseguente matrimonio, contro le resistenze della famiglia legittima, pronta a sollevare cavilli per impedire l'ingresso dei naturali nella famiglia, diventa, dopo varie vicissitudini, un istituto stabile. Ad esso resta affiancato il perfezionato modo di legittimazione per offerta alla curia. Entrambi gli istituti sono ricordati nelle Istituzioni (I. 1.10.13). Nella legislazione ultima la legittimazione prende la sua fisionomia definitiva con la Nov. 89 del 539, che riassume e innova. Si compie allora in tre modi: per susseguente matrimonio, per offerta alla curia, “per rescritto imperiale” (*per rescriptum principis*).

[la legittimazione per susseguente matrimonio] La legittimazione per susseguente

matrimonio è il modo pieno ed elettivo: si compie elevando a moglie, attraverso la costituzione di dote, la concubina con cui al momento delle nozze sussistano le condizioni per un valido matrimonio.

[la legittimazione per offerta alla curia] La legittimazione per offerta alla curia crea un rapporto unicamente tra padre e figlio. Nessun diritto successorio potrà questi pretendere rispetto ad agnati e cognati del padre, e anche nei confronti di lui non avrà diritto a ottenere più del meno favorito dei figli legittimi. Queste norme dimostrano il carattere subalterno e parziale di questo tipo di legittimazione.

[la legittimazione per rescritto imperiale] Il ricorso al rescritto imperiale rappresenta infine la novità dell'ultimo diritto giustiniano. La legittimazione *per rescriptum principis*, prima della definitiva disciplina della Nov. 89, fu infatti introdotta dalla Nov. 74 (del 538).

La normativa muove dai casi in cui la legittimazione attraverso il successivo matrimonio appare di fatto impossibile, rendendosi necessario il rimedio dell'intervento imperiale. Si pone quindi anch'esso come modo sussidiario, ma meno gravoso economicamente dell'offerta alla curia, nonché produttivo di effetti anche nei confronti della parentela del padre. Condizioni per la sua utilizzabilità sono l'assenza di figli legittimi e l'impossibilità del matrimonio, come per morte, assenza, immoralità della donna (libera), o per l'insorgere di un divieto legale il matrimonio per una scelta di vita religiosa.

[la c.d. legittimazione per nuncupationem.] Una ulteriore Novella (la 117 del 542) attribuisce poi *status* di legittimo al figlio nominato come tale in un idoneo documento, purché avuto da donna libera con cui fosse possibile il matrimonio. Non siamo di fronte, nonostante gli interpreti bizantini, a una nuova forma di legittimazione (cosiddetta *per nuncupationem* ["dichiarazione solenne"]), ma alla prova documentale dell'esistenza di un matrimonio che ha determinato sin dall'inizio lo stato di legittimità del figlio. Tuttavia in pratica la dichiarazione assolve la funzione di mezzo semplificato di legittimazione.

13. L'adozione

La condizione dei figli legittimi e legittimati muove dall'evento naturale della procreazione. L'ordinamento può prevedere però che il rapporto potestativo sorga anche in forza di un atto giuridico, prescindendo dalla necessità della premessa biologica.

[funzione] L'adozione crea artificialmente un figlio. Con essa un soggetto estraneo alla famiglia viene aggregato e posto sullo stesso piano dei figli procreati, in eguale sottomissione alla potestà del *pater*. Nella creazione artificiale di un vincolo potestativo va vista la funzione caratterizzante l'adozione, almeno nei suoi aspetti originali.

Le finalità dell'istituto sono legate a necessità di distribuzione di forza lavoro ovvero a scopi politici, e non riflettono, almeno in origine, esigenze di tipo filantropico o consolatorio.

Identica è la condizione di arrivo di tutti gli adottati: sono figli nella nuova famiglia. Tuttavia l'adozione in senso lato si specifica in due istituti a seconda della precedente condizione di chi viene adottato. Questi può infatti essere in origine un *filius familias*, ovvero un soggetto non in potestà di alcuno (*sui iuris*).

Si hanno allora, nell'ambito dell'adozione in senso ampio, due diverse forme: l'adozione in senso stretto, che consiste nell'adozione di un individuo soggetto a potestà, e l'arrogazione, che consiste nell'adozione di un individuo non in potestà di alcuno.

[arrogazione] L'arrogazione, tra i due, è l'atto di maggiore importanza. Serve infatti per adottare un *sui iuris*, che può essere un *pater familias* con sottoposti e cospicuo patrimonio. La sua funzione è la fusione di due famiglie, conseguente all'assoggettamento di un capo alla potestà dell'altro. Sotto l'arrogante passa l'arrogato insieme a sua moglie, discendenti, schiavi, patrimonio. È una delle ipotesi di *successio* tra vivi: un soggetto prende il posto di un altro in tutti i rapporti che a lui si riconnettevano.

Per questa ragione si comprende come l'arrogazione debba avvenire sotto il controllo della *civitas*, per evitare il rischio di turbamenti indotti da una fusione che accresce il peso politico di una famiglia.

[forma] Anticamente il controllo si manifesta in una particolare procedura. I pontefici indagano sulla opportunità dell'atto sotto il profilo sacrale e politico e solo dietro il loro parere affermativo sulla sua fattibilità vengono convocati i comizi curiati (le più antiche assemblee popolari), presieduti proprio dal pontefice massimo. Questi, preso atto delle decisioni degli interessati, interroga il popolo per avere l'assenso all'operazione. *Adrogatio* deriva appunto da *rogare* (interrogare).

In seguito l'ampliarsi della *civitas* ridimensiona il significato dell'arrogazione. D'altra parte il popolo non viene più convocato per curie: al suo posto figurano i littori, che simboleggiano gli antichi comizi. La sostanza dell'atto sta nelle domande che il pontefice rivolge rispettivamente all'arrogante, se voglia che quello gli sia figlio in base alla legge, e all'arrogato, se tolleri che ciò accada (Gai. 1.99).

L'istituto dell'arrogazione è inapplicabile alla donna e agli impuberi. Osta infatti l'insuperabile dato per cui la donna e gli impuberi non possono partecipare ai comizi, non potendosi utilizzare interventi sostitutivi dei tutori (§ seguente). Solo con Antonino Pio (metà del II secolo d.C.) il divieto è almeno parzialmente disatteso per gli impuberi (*cum quidbusdam condicionibus permissum est*: Gai. 1.102) per divenire successivamente del tutto inoperante.

[effetti] L'arrogazione ha come conseguenza l'acquisto all'arrogante di tutti i beni e i diritti dell'arrogato (*successio* tra vivi), eccettuato quanto viene meno per la conseguente *capitis deminutio minima* (ad esempio l'usufrutto). All'arrogante passano anche i crediti, mentre per diritto civile si estinguerebbero i debiti verso i terzi. A questa ingiustizia, e al rischio di arrogazioni strumentali a danno dei creditori, rimediò il pretore, concedendo ai creditori un'azione utile (cap. III § 9) contro l'arrogato. Lo stesso rimedio è parallelamente offerto ai creditori della moglie che abbia fatto la *conventio in manum*.

[adozione in senso stretto] L'adozione in senso stretto prevede l'ingresso sotto la

potestà dell'adottante di una persona già assoggettata a un vincolo familiare. In sostanza un padre subentra a un altro nell'esercizio della potestà sul figlio. Lo spostamento di un soggetto in condizione di *alieni iuris* non è rilevante per la comunità, e non richiede il suo controllo. Anche in questo caso tuttavia l'atto si presenta complesso, constando di due momenti: la rinuncia alla potestà da parte del padre naturale, e l'operazione di acquisto della potestà sul figlio, una volta reso libero, ad opera dell'adottante.

[forma] La prima fase utilizza l'emancipazione, col solito sistema delle tre vendite (§ 6). Dopo la terza mancipazione (per la femmina ne basta una) il figlio è libero dalla potestà paterna, ma prima che venga manomesso, divenendo quindi *sui iuris*, l'adottante lo rivendica davanti al padre, cui è stato rimancipato, con lo stesso meccanismo del finto processo (*in iure cessio*) (cap. V § 8) già incontrato nella *manumissio vindicta*. Il padre naturale potrebbe opporsi, contestando che, ancorché libero da patria potestà, è però *in mancipio*, ma, in forza dell'accordo, subisce la pretesa dell'altro. Col che il pretore aggiudica il figlio all'adottante. La rivendica può altresì avvenire, dopo la terza mancipazione, nei confronti del terzo fiduciario.

L'intervento del pretore fa sì che Gaio qualifichi questo atto come adozione “*imperio magistratus*” (“per imperio del magistrato”), mentre l'arrogazione si fa “*populi auctoritate*” (“per autorità del popolo”).

[adozione testamentaria] Incidentalmente occorre ricordare che in una dimensione a parte vanno collocate le adozioni mediante testamento, quale ad esempio fu compiuta da Cesare a favore di Ottaviano. A parte la singolarità delle adozioni di provenienza imperiale, gli effetti giuridici di tali atti si identificano, non essendo possibile innanzitutto l'acquisto di potestà da parte di un defunto, con l'attribuzione del nome dell'adottante all'adottato. Hanno invece notevole rilevanza sul piano sociale e politico.

[funzione dell'adozione classica] L'adozione, come l'arrogazione, è volta a stabilire, in vista di vari fini, un rapporto potestativo, collegato principalmente all'esigenza di spostamento di forza lavoro. La creazione artificiale di rapporti di tipo familiare modellata su schemi naturalistici sembra assai lontana. Ancora a metà del II secolo d.C. Gaio si pone degli interrogativi che illustrano la reale funzione dell'adozione romana.

[interrogativi di Gaio] Il giurista (1.103 ss.) si chiede se sia possibile un'adozione (in senso lato) compiuta dagli *spadones*, da una donna, da uno più giovane.

Gli *spadones* sono gli impotenti: verosimilmente nel discorso gaiano significano ogni specie di impotenti, sia per cause naturali, sia a seguito di evirazione. Per lui, tutti gli impotenti possono adottare, anche il castrato. Nemmeno è necessaria una famiglia: nei “Titoli di Ulpiano” (8.6) si precisa che anche il celibe può adottare. Adozione e filiazione naturale corrono su binari diversi.

Le donne non possono adottare, perché – si nota – non hanno in potestà nemmeno i figli naturali. Anche il rapporto artificiale è negato in quanto ripropone il modello potestativo.

Infine, al proposto interrogativo se il più giovane possa adottare il più vecchio. Gaio non dà risposta. Teoricamente fu quindi possibile l'adozione di uno maggiore

di età. Questo è comprensibile in una concezione dell'adozione come creatrice di un vincolo potestativo, che prescinde da considerazioni naturalistiche.

È vero tuttavia che sul punto, in pratica, operano dei correttivi. Nell'arrogazione, la verifica pontificale, seppure anche in funzione strumentale ad altri fini, valutava discrezionalmente fattori quali l'età delle parti e la situazione familiare. Non a caso Cicerone (*De domo sua* 14.34,36) insiste, per combattere un'arrogazione, sulla maggiore età dell'arrogato rispetto all'arrogante. Ma ciò conferma l'inesistenza di una regola che rinviava l'adozione sui binari della filiazione naturale; è solo uno strumento per l'acquisto di una potestà su una persona. Questo significato originario ha i suoi riflessi fino al periodo classico.

[l'adeguamento alla natura] Già a quest'epoca, secondo un processo non esattamente definibile, cominciò a farsi strada l'esigenza, sino allora peraltro non ignota, che l'adozione dovesse in qualche modo seguire la natura, conformarsi alle sue regole e ad avere una funzione sussidiaria rispetto alla filiazione naturale. Difficile è stabilire quanto l'evoluzione sia avvenuta per la forza intrinseca di idee già presenti, ovvero per influssi esterni legati a concezioni estranee alla tradizione romana. Invero, testi attribuiti ai giuristi classici dicono che ci può essere adozione solo tra le persone tra cui ci può essere un rapporto in base alla natura (D. 1.7.16), prescrivono che sia meglio che chi è ancora in età di procreare si preoccupi di mettere al mondo dei figli piuttosto che adottare (D. 1.7.17.2; 1.7.15.2), risolvono il quesito di Gaio imponendo che l'adottante sia più anziano e stabilendo addirittura una differenza di età (D. 1.7.40.1). Sulla totale corrispondenza di queste testimonianze con l'epoca loro attribuita non è possibile garantire, visto che sono passate, durante la redazione del Digesto, tra le mani dei compilatori, ma è vero che la corrispondenza tra adozione e natura è invocata da fonte extracompilatoria (Ep. Gai. 1.5 pr.).

[il quadro finale dei cambiamenti di forma e sostanza] Dunque, a partire dal periodo tardoclassico, vi fu un evidente mutamento ideologico, non precisamente quantificabile, ma che è premessa per i cambiamenti dell'epoca giustiniana, quando troviamo le adozioni diverse nella forma e nella sostanza.

L'arrogazione si attua ora attraverso il rescritto imperiale. Questo modo si diffuse dalle province, ove non era possibile procedere *populi auctoritate* (esclusivo di Roma), per divenire poi unico strumento.

Anche la forma dell'adozione è mutata: il rituale complesso delle vendite e del finto processo, già in disuso, viene definitivamente eliminato da Giustiniano, che richiede la presentazione delle parti davanti al magistrato competente per le necessarie dichiarazioni.

Nella sostanza poi si fa definitivamente strada, con le conseguenti applicazioni normative, il principio che l'adozione deve imitare la natura. La definizione che compare nel commento (Parafrasi) di Teofilo alle Istituzioni dell'imperatore informa che l'adozione è "l'atto che imita la natura, escogitato per il conforto dei figli". Deve servire a dare figli a chi non ne ha, secondo modalità che ricalchino i presupposti e le vicende della filiazione naturale.

[nuove risposte ai quesiti di Gaio] Emblematica è la nuova soluzione ai quesiti proposti da Gaio.

Relativamente all'adozione da parte degli impotenti, si opera un distinguo: se l'impotenza dipende da evirazione, allora non è possibile, diversamente dal caso di incapacità di procreare dovuta a cause naturali. Mentre qui infatti sussiste sempre la speranza di procreare questa sarà sempre negata all'eunuco. L'adozione da parte sua sarebbe offesa alla natura, stabilendo un rapporto che ad essa ripugna.

La donna non potrebbe adottare, non avendo figli in potestà, ma si vede confermata la facoltà, già consentita in via eccezionale da Diocleziano, di creare un rapporto di filiazione con un adottato a conforto di figli già procreati e poi deceduti. Il legame, che si esaurisce tra madre e figlio, apporta particolarmente vantaggi successori. Emerge qui una funzione consolatoria e caritatevole.

La questione relativa all'età è infine definitivamente risolta. Si afferma essere mostruoso che il figlio sia più vecchio del padre. Tra i due devono anzi intercorrere almeno diciotto anni. È questa la piena pubertà, l'età in cui anche i più tardivi hanno raggiunto lo sviluppo, segno della differenza di una generazione, nel pieno rispetto di un'adozione che imita la natura.

[la riforma dell'adozione] L'idea di un'adozione che non può rinnegare la legge naturale si riflette anche sugli effetti dell'adozione in senso stretto.

In precedenza l'adottato, passando sotto la potestà di altri, poteva subire conseguenze pregiudizievoli. Era il caso in cui egli fosse stato emancipato dal padre adottivo dopo la morte del padre naturale. Nessuna pretesa aveva potuto vantare sui beni di questo, trovandosi alla sua morte in potestà di altri, mentre nei confronti del padre adottivo, una volta spezzato con l'emancipazione il vincolo civilistico, non poteva esser fatto valere il vincolo di sangue tutelante sul piano pretorio i figli emancipati (cap. VII § 4).

Questo inconveniente e l'ossequio alla legge di natura che suggerisce la coincidenza tra vincolo di sangue e di potestà, determina Giustiniano alla riforma dell'istituto.

L'adozione compiuta da un estraneo non ha l'effetto di attribuire la patria potestà all'adottante: il figlio resta sotto la potestà di chi lo ha generato, ma l'adozione gli attribuisce, senza fargli perdere i vantaggi rispetto al padre biologico (successione necessaria), un diritto di successione legittima sui beni dell'adottante. Non cambia padre, guadagna un'aspettativa ereditaria. Non avendo effetti sul rapporto potestativo l'adozione appare, secondo l'espressione medievale, "*minus plena*". Ad essa continua a contrapporsi un'*adoptio* "*plenissima*", che ha ancora gli stessi effetti traslativi della potestà, ma che può essere utilizzata solo in ipotesi eccezionali. Ciò si verifica quando ad adottare sono l'avo materno o l'avo paterno che aveva emancipato il padre dell'adottato ovvero, secondo un'interpretazione di C. 8.47(48).10.4, quando l'estraneo adotta il nipote di un avo che trattiene ancora il figlio in potestà. Nei primi due casi il vincolo dell'adozione concorre col vincolo di sangue, nell'ultimo, non avendo l'adottato attese successorie, il cambio di potestà gli porta eccezionale vantaggio.

[assetto dell'arrogazione] Meno toccata nella sostanza è l'arrogazione – già sottoposta ad attenti controlli nel caso di arrogazione di impuberi (I. 1.11.3) –, che resta ora il vero modo giuridico di acquisto della patria potestà. L'arrogato è un *sui iuris*,

acquista un padre che non aveva e questo rientra nella logica naturalistica e filantropica del nuovo concetto di adozione. Di nuovo c'è la natura del diritto spettante sui beni dell'arrogato. Giustiniano, coerentemente con l'assetto ultimo dei rapporti patrimoniali all'interno della famiglia, volle che all'arrogante spettasse, come al padre sui beni acquistati in via autonoma dal figlio, un semplice diritto di usufrutto.

[il divieto di adozione dei figli naturali] Si allinea alla nuova concezione il divieto, fissato definitivamente in periodo giustiniano, dopo varie precedenti oscillazioni, di arrogazione dei figli naturali. Per questi va esclusivamente utilizzato il meccanismo della legittimazione, esplicitandosi di regola attraverso il matrimonio. L'adozione conferma il suo carattere sussidiario e complementare rispetto allo schema naturalistico della filiazione.

14. Tutela e cura

[destinatari] Esistono soggetti giuridicamente capaci a cui, per ragioni connesse all'età, al sesso, alle condizioni fisio-psichiche, non viene riconosciuta la normalmente conseguente capacità d'agire.

A queste persone, in quanto repute in varia misura non in grado di provvedere ai propri interessi, provvedono gli istituti della tutela e della cura (o curatela).

La tutela si applica agli impuberi e alle donne: relativamente ai primi il fondamento sta nella concorde opinione, riscontrabile nei diritti di tutti gli Stati (Gai. 1.189), per cui chi non ha raggiunto l'età matura deve essere guidato da altri; riguardo alle seconde, la loro soggezione a tutela è frutto di una scelta (discutibile, dice Gaio in 1.190) che fa riferimento alla inferiorità del sesso. Le diverse motivazioni di partenza spiegano perché, mentre la tutela sugli impuberi è riscontrabile per tutto l'arco dell'esperienza romana, la tutela sulle donne finì col decadere e scomparire.

[tipi di tutele:] Si possono distinguere tre tipi di tutele, anche se i giuristi romani le classificarono a volte in numero maggiore o minore, e se comunque ad esse vanno ricondotte delle sottospecie. Due sono le più risalenti: la tutela testamentaria e la tutela legittima, di cui ci occuperemo nell'ordine, per la precedenza logica della disposizione testamentaria. La terza, che emerge più tardi, è la tutela disposta dal magistrato, detta "atilianiana", dalla legge che la introdusse, o anche "dativa", termine peraltro equivoco, in quanto anticamente indicava il tutore dato per testamento.

[la definizione di Servio] La definizione di tutela che compare nelle fonti, risalente al giurista repubblicano Servio Sulpicio Rufo, non è ugualmente rappresentativa delle varie tipologie, giacché risulta legata a una concezione della tutela come potestà, come attribuito di chi ne ha la gestione, prima ancora che a un'esigenza protettiva.

Per essa infatti, come risulta dal Digesto (26.1.1 pr.), la tutela è "forza e potestà (*vis ac potestas*) concesse per proteggere chi non può difendersi a causa dell'età". Il potere conseguente alla titolarità dell'ufficio è in primo piano rispetto al fine di protezione dell'impubere (il "pupillo"). Non a caso Giustiniano nelle Istituzioni af-

fiancherà a “*vis*” il meno forte termine “*ius*” (1.13.1-2). L'espressione *vic ac potestas*, indicativa di poteri esercitati anche nell'interesse del tutore, evidenzia un collegamento tra esercizio della tutela e aspettative successorie.

[a) tutela testamentaria] La tutela testamentaria, già prevista, stando alle fonti (D. 26.2.1 pr.; 50.16.120; Tit. Ulp. 11.14), nelle XII tavole, viene disposta nel testamento in forma imperativa: “do Tizio come tutore a mio figlio”, per il discendente che alla morte del testatore divenga *sui iuris* e anche per il postumo, quello che sarebbe stato in potestà del testatore se questi fosse vissuto. La disposizione può essere sotto condizione o a termine. **[(tutore confermato)]** Una designazione invalida può essere base per la successiva nomina da parte del magistrato, nei modi della tutela atiliana (vedi più avanti), di un tutore, detto confermato.

[b) tutela legittima] Nell'impossibilità di designare un tutore testamentario (per assenza di testamento, mancata nomina, premorienza del tutore) si ricorre alle regole della tutela legittima. La denominazione illustra la derivazione dalle XII tavole, per cui all'impubere dovevano essere tutori gli agnati più vicini in grado. **[degli agnati]** Agnati, come sappiamo, sono i parenti in linea maschile (ad esempio il fratello del padre). Qui la natura di diritto potestativo della tutela è ben evidente: l'agnato non gerisce la tutela esclusivamente nell'interesse dell'impubere, bensì anche nel proprio, poiché sarà lui erede qualora il pupillo muoia prima della pubertà, momento fino a cui non può fare testamento.

Da punti di vista diversi lo scopo è quello della conservazione del patrimonio del pupillo, ma il tutore è portatore di un interesse proprio, il che spiega la qualificazione della tutela come *vis ac potestas*. Essendo titolare di una potestà, in origine il tutore legittimo non ne può essere allontanato, né gli può essere chiesto di rendere conto della sua attività.

Gli stessi poteri e regole ineriscono al tutore testamentario, onde si è ipotizzato che anche a suo vantaggio andasse l'eredità in caso di morte del pupillo. Ma lo strumento per questo risultato non è, come nel caso dell'agnato, la legge, onde si è supposto che il tutore testamentario originariamente fosse un erede fiduciario, obbligato a restituire al pupillo eventualmente arrivato alla pubertà, ovvero un sostituto per il caso di morte del pupillo. Con queste prospettive, ci sarebbe stato, come nella tutela legittima, un interesse alla conservazione del patrimonio.

La chiamata alla tutela degli agnati, che ereditano subito dopo i discendenti in potestà (*sui* [cap. VII § 2]), dimostra nel modo migliore il legame tra eredità e tutela, evidenziato dalle modifiche al diritto dell'ultimo periodo. **[dei parenti di sangue]** Giustiniano, nella Nov. 118 del 543, concludendo una lunga evoluzione, fissa i nuovi criteri per la successione legittima, devolvendola secondo l'ordine fissato (cap. VII § 4) ai parenti più vicini senza distinzione tra agnati e cognati. Il riflesso sulla tutela è immediato: è chiamato alla tutela legittima il parente più vicino secondo il grado e l'ordine di successione.

Oltre alla chiamata paritaria dei parenti in linea femminile (come zio materno, figlio della sorella) il diritto giustiniano porta a compimento un'ulteriore evoluzione. La donna, che in precedenza fu sotto tutela, può ora esercitare la funzione di tutore legittimo. La concessione riguarda esclusivamente la madre o l'ava dell'impu-

bere e avviene a due precise condizioni: che la donna non si risposi, onde evitare un conflitto di interessi con il figlio, e che rinunci al senatoconsulto Velleiano (§ 9), che limita la responsabilità della donna per assunzione di obbligazioni che a lei tutrice, invece, devono fare capo.

[sottospecie di tutela legittima] Il rapporto tra eredità e tutela origina poi delle sottospecie di tutela legittima. Fu così chiamato alla tutela del liberto il patrono, in quanto chiamato alla sua eredità (tutela legittima dei patroni), e sull'esempio della precedente alla tutela del figlio impubere emancipato fu chiamato il padre che avesse effettuato l'ultima manumissione del figlio. In quest'ultimo caso, se la liberazione definitiva, anziché del padre, veniva effettuata dal terzo, era questi a divenire tutore (tutore fiduciario).

In diritto giustiniano la tutela fiduciaria è rimasta a indicare esclusivamente quella esercitata dai discendenti dell'emancipante che gli succedono nella tutela sugli altri discendenti emancipati.

[c) tutela atiliana] Il terzo tipo di tutela (dativa o, meglio, atiliana) si differenzia dagli altri non solo perché posteriore, ma perché riflette una diversa concezione fondata essenzialmente sul dovere di protezione dell'impubere in vista di un interesse pubblico, non sul cointeresse del tutore.

Anticamente erano già previsti interventi dei magistrati: questi, ferma restando la titolarità della tutela in capo al tutore legittimo o testamentario, provvedevano certamente nei casi in cui il suo esercizio non fosse in pratica possibile, per assenza, rimozione o altro. Un tutore pretorio veniva poi dato dal magistrato, in caso di conflitto di interessi in giudizio fra tutore e pupillo.

Una legge Atilia (prima del 186 a.C.) stabilì che a Roma, mancando il tutore testamentario o legittimo, i magistrati nominassero un tutore. Con una successiva legge *Iulia et Titia* – o due leggi distinte: la *Iulia* e la *Titia* – in provincia fu attribuito lo stesso potere al preside.

Successivamente, afferma Giustiniano, queste leggi mostrarono dei limiti, non prevedendo né coazioni né garanzie. Le dazioni in base a quelle leggi sarebbero venute meno e la competenza passata ad altri. Comunque, all'epoca sua, competenti sono il prefetto o il pretore tutelare a Roma, il preside in provincia e, per patrimoni non cospicui, le autorità locali e il vescovo.

[tutela come onere] L'introduzione della tutela atiliana segna l'ingresso di una nuova concezione della tutela. Mentre i tutori legittimo e testamentario sono legati da rapporti personali o di interesse, l'atiliano è generalmente un estraneo, investito di un onere, che gli offre più rischi e svantaggi che gratificazioni. L'ufficio tutelare viene significativamente evitato e nel contempo, derivando dal potere pubblico e non dalla titolarità di *vis* e *potestas*, viene assoggettato a regole, controlli e rendiconti. Con Giustiniano la natura di onere (da *onus*: “peso”) conseguente all'adempimento di un pubblico dovere è ormai dato prevalente per la tutela in genere (si veda il richiamo all'*onus tutelarum*, significativo perché incidentale, in I. 3.2.7).

[excusationes] Contro l'obbligo di gestione della tutela, imposto dal potere pubblico, reagiscono gli onerati, facendo valere motivi di esecuzione (*excusationes*). Queste scusanti, nate per la tutela atiliana, si estenderanno poi agli altri tipi. Il loro regime

si cristallizza alla fine in una serie di casi determinati: altri oneri, figli numerosi, età, salute, stato sociale, professione.

[compiti del tutore] Compito del tutore, oltre alla protezione e all'assistenza dell'impubere, che si esplica anche nella rappresentanza processuale (Gai. 4.82; I. 4.10 pr.), è quello di amministrare il patrimonio, compiendo o integrando gli atti che il difetto di capacità di agire non consente al pupillo.

In proposito preliminarmente bisogna distinguere tra i pupilli gli infanti, letteralmente “quelli non in grado di parlare”. Si ritengono infanti quelli che non fossero in grado di esprimersi ragionevolmente; nella pratica i minori di sette anni.

A seconda della condizione del pupillo il tutore deve o prestare l'*auctoritas* (autorizzazione) o compiere la *negotiorum gestio* (gestione d'affari).

[auctoritas] L'*auctoritas* presuppone che il pupillo sia uscito d'infanzia, in grado cioè di esprimere una volontà, che peraltro richiede l'integrazione dell'intervento del tutore. Questi, partecipando all'atto, autorizza e perfeziona la manifestazione di volontà del pupillo.

[negotiorum gestio] La *negotiorum gestio*, comunque sempre utilizzabile, risulta indispensabile quando il pupillo sia infante. Qui non è un problema di integrazione della volontà, di cui non è possibile né la formazione né la manifestazione, onde il tutore deve compiere direttamente i negozi per conto del pupillo.

Gli effetti in questo caso, stante la generale inammissibilità della rappresentanza diretta, non si producono automaticamente nella sfera giuridica del pupillo. Sarà il tutore a diventare personalmente creditore o debitore, finché alla fine della tutela i rapporti si trasferiranno all'interessato. Si escogitarono però azioni utili contro l'ex pupillo per le attività svolte a suo vantaggio dal tutore.

Talora gli effetti operano direttamente in capo al pupillo. Questo accade nell'acquisto e nel trasferimento del possesso, e in caso di alienazioni di cui è arbitro il tutore come rappresentante diretto, almeno fino a un'*oratio* di Settimio Severo (195 d.C.) che, dichiarando nulle le alienazioni di fondi rustici non autorizzate dal pretore o dal preside, pose le basi per il successivo generale regime di inalienabilità.

[mancanza di autorizzazione] Se il pupillo, in grado di manifestare una volontà, compie un negozio senza l'autorizzazione del tutore, le conseguenze sono diverse, a seconda che l'atto sia per lui vantaggioso o svantaggioso. Non vale allora la sua alienazione, la sua promessa, la sua assunzione di obblighi contrattuali, la sua accettazione dell'eredità, che potrebbe nascondere rischi; ma al contrario, gli si dà e gli si promette validamente. Trae dal negozio concluso senza autorizzazione tutti i vantaggi, senza gli svantaggi, tant'è che in un contratto a prestazioni corrispettive (come la compravendita) solo la controparte si obbliga. Sarà interesse di chi contrae con lui assicurarsi l'autorizzazione del tutore. Questa sarà necessaria, dopo apposita pronuncia del giudice, anche se il debitore del pupillo voglia validamente pagare: altrimenti egli non è liberato. Tuttavia se abbia pagato e l'operazione sia andata a buon fine, onde il pagamento sia entrato a far parte del patrimonio del pupillo, potrà, con lo strumento processuale dell'eccezione, evitare di pagare di nuovo.

[estinzione della tutela] Le cause di estinzione della tutela sono numerose.

Alcune sono legate alla tipologia: come, fino al diritto classico, la rinuncia (*abdi-*

catio) del tutore testamentario, o la cessione in tribunale da parte del tutore legittimo.

In altri casi è la struttura dell'atto ad implicare la cessazione: nella tutela testamentaria, il verificarsi della condizione o la scadenza del termine. Talora è un evento che tocca l'esistenza o la capacità del tutore o del pupillo: morte o *capitis deminutio* massima e media (anche minima per il pupillo, in quanto significa un cambiamento dello *status familiae*; minima per il tutore nel solo caso di tutela legittima che presuppone il rapporto agnatizio).

Ma il caso normale di cessazione della tutela è il raggiungimento dell'età pubere; e qui, e non a proposito del matrimonio, si ebbero le dispute tra i giuristi, cui si è accennato sopra (§ 10).

[responsabilità del tutore:] Cessata la tutela, il tutore dovrà rendere conto del suo operato. Un tale obbligo non esisteva in antico, essendovi solo dei mezzi da far valere contro il tutore che nel suo incarico avesse operato dolosamente. A questo fine dalle XII tavole erano predisposti contro il tutore malversatore i rimedi dell'*actio rationibus distrahendis* (azione per la distrazione dei conti) e dell'*accusatio suspecti tutoris* (accusa al tutore di cattiva gestione).

[actio rationibus distrahendis] Il primo strumento permetteva al pupillo, finita la tutela, di far valere contro il tutore legittimo un'azione penale nel doppio delle diminuzioni patrimoniali dolosamente arrecate.

[accusatio suspecti tutoris] L'*accusatio suspecti tutoris* (per cui nelle fonti compare la qualifica di *crimen*) era invece diretta, per iniziativa di chiunque, contro il tutore testamentario disonesto, con presumibili sanzioni pubbliche e l'allontanamento (in seguito la rimozione) dall'ufficio.

In epoca successiva questi rimedi si evolvono secondo un percorso non sempre ben ricostruibile, tendente comunque all'applicazione degli istituti a tutti i tipi di tutela e alla miglior salvaguardia del pupillo.

In diritto giustiniano detti strumenti sono applicati contro ogni tutore; in particolare l'*accusatio suspecti tutoris* può essere esperita contro il tutore che per dolo o negligente condotta non gerisca bene la tutela, con conseguenze che, secondo il suo grado di responsabilità, vanno dalla semplice rimozione dall'ufficio – del resto attuabile direttamente dal magistrato – all'aggiunta dell'*infamia* o di sanzioni pubbliche.

[cauzioni (*satisfactiones*)] Ad ulteriore salvaguardia del pupillo il pretore aveva poi obbligato il tutore a una promessa formale, rafforzata da garanti, di amministrare bene la tutela (*satisfactio rem pupilli salvam fore*), legittimando così il pupillo all'azione in caso di inadempimento. Introdotto a carico dei tutori legittimi, l'obbligo di cauzione fu esteso a quelli nominati dai magistrati municipali. Non sono obbligati a prestarla i tutori testamentari, per i quali si reputa garante il testatore, e quelli dati dal magistrato previa indagine (*ex inquisitione*).

[actio tutelae.] La regolamentazione globale dei rapporti tra tutore e impubere, nonché del rendiconto, si ha definitivamente con l'introduzione (II secolo a.C.?) dell'*actio tutelae*, che regola le reciproche attese del pupillo e del tutore, una volta cessata la tutela. Escogitata per la tutela atiliana, venne poi estesa alla testamen-

taria e in seguito alla legittima.

Il pupillo ha contro il tutore un'*actio tutelae* diretta, volta ad ottenere quanto il tutore abbia acquistato per lui in regime di rappresentanza indiretta, e ad essere indennizzato per ogni pregiudizio patrimoniale subito per ogni suo comportamento doloso o colposo. È un'azione di buona fede (cap. III § 9), che comporta, in caso di condanna, l'*infamia*.

Un'*actio tutelae* contraria, non infamante, spetta, all'opposto, al tutore contro il pupillo perché questi lo rilevi dalle obbligazioni assunte, e gli rimborsi le spese sostenute.

[tutela sulle donne:] Oltre agli impuberi, si trovano sotto tutela anche le donne di qualunque età. Si tratta tuttavia di un istituto che, già in crisi durante l'età classica, scompare nel periodo successivo senza che ne resti nemmeno il ricordo nei testi dell'età giustinianea.

[ragioni] Si collega all'antica opinione che le donne non fossero in grado di curare i propri affari e di occuparsi delle cose forensi, onde si reputò necessario che fossero assistite da un tutore. Questa giustificazione, fondata sulla presunta debolezza femminile (*imbecillitas, infirmitas sexus, levitas animi*), sembrò poi a Gaio (1.190) palesemente falsa: infatti le donne gli apparivano bene in grado di gestire da sole i propri interessi. **[funzionamento]** Ma all'epoca sua (II secolo d.C.) ormai l'istituto era in piena decadenza, formalmente esistente, ma svuotato. Infatti ci testimonia che l'autorizzazione del tutore avveniva ormai *pro forma*; a volte costretto dal pretore.

Non è necessaria comunque l'*auctoritas* se dall'atto scaturisce per lei un vantaggio, e talora anche, diversamente dall'impubere, in ipotesi di una sua diminuzione patrimoniale, come nell'alienazione di cose *nec m̄ncipi*. L'autorizzazione è però sempre prescritta per agire in taluni giudizi, alienare cose *m̄ncipi* (cap. V § 2), assumere obbligazioni, accettare eredità. Sono in genere gli antichi negozi di diritto civile che rendono necessaria l'*auctoritas*, mentre gli atti più recenti, di introduzione pretoria, sono liberamente compiuti dalla donna.

[ridimensionamento e scomparsa] Lo svuotamento dell'istituto era del resto iniziato dall'interno.

La coazione imposta alla donna dalla tutela testamentaria venne grandemente ridimensionata dalla clausola con cui il padre, se la donna era in potestà, ovvero il marito, se era *in manu*, le concedevano di scegliere, una o più volte, la persona che doveva assisterla (*tutoris optio*).

La tutela legittima, la più gravosa, in quanto il tutore non poteva essere costretto ad atti che potevano pregiudicare le sue attese ereditarie, venne abolita da una legge emanata sotto Claudio (44 circa d.C.). Restò solo la tutela legittima del patrono sulla libertà.

Quanto alla tutela atiliana, si affermò il principio che doveva essere data su richiesta della donna. La volontà di questo tutore è comunque condizionata dal magistrato.

A questo va aggiunto che, a partire dalla legislazione augustea (leggi Giulia e Papia) le donne che avessero procreato tre figli, se ingenue, quattro, se libertine, venivano esonerate dalla tutela.

In sostanza già prima di Gaio la maggior evoluzione si era compiuta. Seppur per strade diverse, le donne *puberi sui iuris* disponevano di una sostanziale autonomia. Nel periodo postclassico (tra Diocleziano e Costantino, III-IV secolo d.C.) se ne ha la scomparsa anche formale. Allora la donna *sui iuris* si troverà in condizione teoricamente più favorevole del maschio, liberandosi dalla tutela una volta raggiunti i dodici anni.

[cura:] Oltre alla pubertà e, nei limiti sopra indicati, al sesso, esistono altri fattori limitatori della capacità, dipendenti da particolari condizioni di minorazione fisiopsichica. Per queste situazioni, sin dall'antico, servì la *cura*; l'istituto, accanto alla funzione indicata, ne acquisì poi un'altra non conseguente a situazioni patologiche, bensì alla necessità di proteggere la persona già pubere ma, per ragioni dipendenti da giovane età, ancora inesperta di affari. Nella cura coesistono allora due diverse figure, che, con un gioco di parole, potremmo definire la cura dei minorati e la cura dei minori.

[sui minorati] Esaminiamo il primo profilo. Il diritto più antico sottopose all'assistenza di un curatore il soggetto *sui iuris* malato di mente (*furiosus*) nonché il dissipatore dei beni (*prodigus*) ricevuti per eredità intestata dal padre. Sono chiamati a questo compito gli agnati che (si ricordi il tutore legittimo) hanno interesse alla conservazione di quel patrimonio.

Questi curatori sono “legittimi”, in quanto previsti dalla legge delle XII tavole. Ad essi si affiancarono i curatori dati dal magistrato, e per questo detti “onorari”. L'intervento del pretore ampliò le funzioni dell'istituto. Vennero così assoggettati, accanto ai malati di mente di qualunque specie, e a tutti i prodighi, senza badare alla provenienza del loro patrimonio, anche gli affetti da minorazioni o malattie inguaribili. Un curatore fu allora dato anche ai sordi e ai muti, incapaci rispetto alle forme orali dei negozi.

I compiti del curatore sono di massima modellati su quelli del tutore. Tra lui e l'assistito, o i suoi eredi, al termine della cura, i rapporti sono regolati attraverso l'*actio negotiorum gestorum* (cap. VI § 16) e non attraverso una specifica azione come nella tutela. In diritto giustiniano, a parte la generale applicazione alla cura di istituti nati per la tutela (vedi più avanti), e l'attribuzione della competenza alle nomine ad organi diversi (presidi, console, prefetto), l'istituto conserva le sue caratteristiche sostanziali.

[sui minori] Il secondo profilo della cura è fornito dalla *cura minorum*. Minori sono i soggetti al di sotto dei venticinque anni. Questi, se *sui iuris* e *puberi*, avrebbero una piena capacità di agire, in quanto è la pubertà lo spartiacque tra capacità e incapacità.

Questa regola, sufficiente in una società dall'attività negoziale limitata e controllata, si dimostra inadatta in un sistema contraddistinto da frequenti traffici e commerci, in cui l'inesperienza del pubere ancora immaturo può indurre ad approfittamenti e raggiri.

[lex Laetoria.] Il problema fu affrontato dal legislatore romano intorno al 200 a.C. Una legge *Laetoria* colpì la *circumscriptio* (circonvenzione) degli adolescenti (*puberi minori* di venticinque anni). La disposizione sanzionava con una pena pecuniaria

chi, abusando dell'inesperienza dei giovani, avesse concluso un negozio comportante per loro un pregiudizio. Si trattava di una norma che non annullava l'atto (*legge minus quam perfecta*), finché il pretore non predispose per il minore una eccezione per paralizzare l'azione della controparte che invocasse l'adempimento, e una *restitutio in integrum* (cap. III § 10) per rimettere le cose nello stato precedente, qualora il minore avesse già adempiuto agli obblighi del negozio.

A seguito della legge *Laetoria*, ai fini della tranquillità della controparte, oltre che di assistenza al minore, venne in uso che questi si facesse assistere da un curatore, nominato da un magistrato su richiesta del minore, che con la sua presenza garantisse della regolarità del negozio.

Formalmente la sottoposizione a cura dovrebbe sempre partire da una volontaria scelta del minore, e ancora Giustiniano afferma che a questi, se contrario, non può essere imposto un curatore, salvo che per la rappresentanza processuale (I. 1.23.2). Nonostante queste affermazioni, già dal diritto postclassico la cura è un istituto necessario a tutela dei minori, che vengono considerati sostanzialmente degli incapaci.

[avvicinamento fra tutela e cura] La cura diventa la continuazione della tutela; il *sui iuris*, divenuto pubere, passa dall'assistenza del tutore a quella del curatore, fino all'età di venticinque anni. Può amministrare da solo qualora il magistrato o l'imperatore glielo abbia eccezionalmente concesso. È questa la c.d. *venia aetatis* ("indulgenza verso l'età"), istituto poi regolamentato da Costantino. Il beneficio può essere concesso al maschio ventenne o alla femmina diciottenne che si dimostrino onesti e svegli.

Nell'ultima fase si accentua il processo di avvicinamento della cura alla tutela. Non le vengono dati però, per regolare i rapporti tra le parti, i mezzi propri della tutela; strumento di regolazione degli interessi è, anche in questo caso, l'*actio negotiorum gestorum*. Per il resto tuttavia gli istituti tendono per molti aspetti ad identificarsi. Nelle Istituzioni di Giustiniano gli ultimi titoli del libro I (24, 25, 26) propongono come istituti comuni a tutela e cura le cauzioni, le esenzioni, il modo di rimozione. Tutela e cura, conseguenti dal punto di vista temporale, sono normativamente coincidenti. Nella continuità è la situazione del *sui iuris*, dalla nascita ai venticinque anni. La nozione di maggiore età, non estraibile da un sistema di rapporti familiari condizionati da una patria potestà temporalmente illimitata, si delinea con riferimento all'uscita del minore dalla cura.

CAPITOLO III

DIFESA DEI DIRITTI

1. Diritto e azione
2. Processo per *legis actiones*. Caratteri generali
3. Le *legis actiones* dichiarative
4. Le *legis actiones* esecutive
5. Dalle *legis actiones* al processo formulare
6. Caratteri e svolgimento del processo formulare
7. Le parti della “formula tipo”
8. Le altre parti della formula
9. Generi di azioni
10. Interventi pretòri
11. Le procedure esecutive
12. L'avvento della *cognitio extra ordinem*
13. Caratteri del processo ultimo
14. I nuovi procedimenti

1. Diritto e azione

[l'azione] L'azione è lo strumento a disposizione del singolo per mettere in moto il processo. Questo, nella dimensione privatistica, è l'insieme di attività che vengono svolte con precise modalità e sotto il controllo dello Stato, di norma nelle apposite sedi, per l'affermazione e la realizzazione di una pretesa.

Conosciamo già (cap. I § 1) la definizione di azione, l'unica pervenuta, derivataci da Celso attraverso il Digesto: nient'altro che il diritto di ottenere in giudizio ciò che ci è dovuto (D. 44.7.51; I. 4.6 pr.). Definizione ritenuta parziale dal momento che sembra far riferimento a quella particolare specie di azione che vuole affermare il diritto a una prestazione ("ciò che ci è dovuto") nei confronti della controparte e forse anche priva, nelle intenzioni originarie, di quei valori dogmatici cui essa, anche per la sua unicità, ha finito per approdare.

[corrispondenza tra diritto e azione] Da questa espressione deriva anzitutto il già sottolineato collegamento tra diritto sostanziale e azione, giacché senza azione il diritto non può essere in concreto esercitato. Definendo l'azione come *ius* (insieme di facoltà e diritto) si ricava che l'azione è il diritto sostanziale che si trasferisce nella sede del giudizio.

Diritto e azione appaiono strettamente uniti, giacché quello sarebbe vuoto senza la possibilità di farlo valere. Sono facce di una stessa moneta ognuna delle quali è utilizzabile in momenti diversi.

Restano tuttavia, ed è questione che apre la strada alla caratteristica del mondo processuale romano, da precisare gli aspetti ulteriori di questa interdipendenza. La definizione potrebbe affermare che in tanto abbiamo a nostra disposizione l'azione, in quanto vi sia il diritto sottostante ("ciò che ci è dovuto"). L'azione sarebbe allora conseguenza, derivazione dal diritto. Dato il diritto, ecco l'azione. E del resto si può osservare che Gaio, seguito da Giustiniano, parla delle azioni nel IV commentario, in chiusura delle Istituzioni.

Questa lettura è certamente la più vicina alla concezione attuale ed è senz'altro in linea con l'intendimento dei giustinianeî, per i quali ormai la tematica processuale vive in un ambito autonomo e consequenziale. E forse questo poteva essere, per quanto di definitivo volesse esprimere nel contesto originario, anche il parere di Celso, giurista alla cui epoca (II secolo d.C.) la grande fase di sviluppo del processo classico era conclusa e poteva essere raccolto il sedimento di una lunga esperienza processuale.

Ma proprio in forza di questa, la corrispondenza tra *ius* e *actio* ebbe storicamente un significato diverso, sfuggente a chi la veda solo nel momento della conclusione.

Infatti l'esperienza romana, che condurrà poi ai due mondi diversi del diritto sostanziale e del diritto processuale, si presenta in modo originale.

[l'esperienza del processo formulare] Nel periodo del grande sviluppo, dal III secolo a.C. al I secolo d.C., che si realizza nella tipologia del processo formulare, è indubbio che i valori sostanziali emergano attraverso il processo. Il diritto può esser fatto valere se l'organo giurisdicente riconosce l'esistenza di motivi validi per instaurare il giudizio ovvero dà a una situazione la forza del diritto riconoscendo in base a quella

la possibilità di agire.

Possiamo dire che nel processo formulare la concessione o la mancata concessione dell'azione non è automaticamente connessa all'esistenza di un diritto sostanziale, ma alla valutazione del magistrato giudicante.

Il pretore può infatti negare la concessione dell'azione (*denegare actionem*) e non solo in rapporto a quanto da lui previsto nell'editto, ma persino in rapporto ad azioni che sarebbero spettate per diritto civile, al fine di correggerlo. Questa non è una sentenza ma un giudizio di ammissione. Non concedendo l'azione (ad esempio per “manifesta iniquità”) si cambia nel caso concreto il diritto sottostante, lo si corregge, giacché quel tipo di rapporto non più tutelato sarà disconosciuto progressivamente, sotto il profilo sostanziale, nei rapporti tra privati.

Se qui una potenziale pretesa cade nel nulla, l'opposto si ha allorché il pretore valorizza una situazione di fatto, non fondata su un diritto preesistente. Dice Gaio (4.46) che il pretore prevede nell'editto moltissime di queste azioni, dette *in factum* (ma può concederle anche caso per caso), che danno riconoscimento in giudizio a un rapporto sottostante altrimenti sprovvisto di protezione.

Nel momento in cui esso viene tutelato, si ha la nascita del diritto attraverso l'azione, vale a dire un processo opposto rispetto a una logica che vede distinti e conseguenti gli aspetti sostanziali e processuali.

La definizione di Celso può allora far intendere come ben stretta e storicamente biunivoca (prima il sostanziale e poi il processuale, ma anche l'opposto) sia stata la correlazione tra diritto e azione.

Quanto sinora detto può essere ulteriormente confermato da un dato riscontrabile almeno per l'epoca di maggiore dinamica del diritto romano.

[tipicità delle azioni] In concreto non ci si fonda tanto sull'*actio* come generico diritto di agire in giudizio quanto sulle *actiones*, ognuna delle quali volta alla tutela di quel particolare diritto soggettivo. Si parla allora di tipicità dell'azione, in sostanza di un “elenco” di azioni, specificamente indicate e caratterizzate. Questa caratteristica porta ulteriormente i giuristi romani a “pensare” il diritto attraverso il processo: in sostanza se il diritto non è inquadrabile in una apposita azione, non è tutelabile, né soccorre il rimedio di una astratta figura di azione. L'*actio* di Celso è allora, almeno per il diritto classico, il complesso di tante singole e ben individuate *actiones*.

Questa breve premessa può dunque spiegare perché, a volte, nelle trattazioni di diritto privato romano la materia processuale, diversamente da quanto si ritrova nelle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano, venga anteposta a vari settori del diritto sostanziale.

[pluralità di sistemi processuali] Il processo romano, lo sappiamo, non fu lo stesso in ogni tempo. Nel corso dei molti secoli, esso si presentò in tre modi diversi. Caratteristica costante, tra l'esaurirsi di una fase e l'affermarsi della successiva, fu un significativo periodo di coesistenza.

La fase più antica è quella *per legis actiones*, tolta di mezzo (sopravviverà solo per casi particolari) in epoca augustea dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* (17 a.C.). Ma già in precedenza la procedura formulare (*per formulas*) sorta nel III secolo a.C., si

era affermata, soprattutto a seguito della legge Ebuza (130 circa a.C.) che ne estese l'utilizzo.

Posteriormente, proprio a partire dall'epoca imperiale, nasce una terza specie di processo: la "*cognitio extra ordinem*". Questa è appunto fuori dal precedente sistema (*ordo*) dei giudizi privati. Dopo una lunga convivenza questo nuovo processo si afferma, fino alla definitiva eliminazione, alla metà del IV secolo, del procedimento formulare. Il processo romano presenta quindi, in ordine cronologico, ma con periodi di sovrapposizione, le fasi delle *legis actiones*, delle formule e della *cognitio extra ordinem*.

[processo di cognizione e di esecuzione] Da ultimo va premesso che l'attività processuale può realizzare, l'una dopo l'altra, due finalità. La prima è ottenere una pronuncia del giudice che accerti una situazione giuridica ed eventualmente condanni, come è nei desideri di colui che promuove il processo (attore), colui contro cui l'azione è diretta (convenuto). In questo caso si parla di processo (e azioni) di cognizione.

Il secondo fine perseguito con l'attività processuale è la realizzazione del diritto accertato, con l'utilizzazione, se del caso, di strumenti coattivi, onde adeguare di fatto per quanto possibile, nei limiti e secondo le modalità stabilite, la situazione a quella in astratto fissata come rispondente al diritto dalla pronuncia di accertamento. Siamo allora di fronte al processo (e alle azioni) di esecuzione.

Peraltro questa distinzione, sicuramente applicabile alle più recenti fasi del processo privato romano, soffre qualche difficoltà ad essere dogmaticamente trasportata nel più antico mondo delle *legis actiones* in cui, come vedremo, le distinte finalità di accertamento e di esecuzione lasciano talora il posto ad un fine soddisfacente tendenzialmente pronto a realizzarsi all'interno di un unico procedimento.

2. Processo per *legis actiones*. Caratteri generali

Le notizie intorno alla più antica procedura derivano nella quasi totalità dalle Istituzioni di Gaio. Il giurista infatti, prima di esporre i principi del processo formulare in vigore ai tempi suoi, volge lo sguardo all'epoca delle *legis actiones* ("azioni di legge").

Queste, secondo il suo elenco (4.12), erano cinque: *sacramento*, *per iudicis arbitrive postulationem*, *per conductionem*, *per manus iniunctionem*, *per pignoris capionem* (il significato dei termini verrà progressivamente chiarito).

Il nome di *legis actiones* non sembra derivare, come pure suggerisce Gaio (4.11), dalla loro introduzione attraverso la legge (delle XII tavole o una successiva). È infatti indubbio che le più antiche debbano la loro introduzione ai *mores* (vedi Gai. 4.27), ancor prima dell'esistenza di *leges publicae*. **[solennità]** È più affidabile ritenere che qui *lex* indichi la formula solenne che caratterizzava, in modo essenziale, il procedimento.

Le *legis actiones* sono dunque meccanismi processuali, in cui la pronuncia di parole solenni o il compimento di gesti vengono rigorosamente imposti e determina-

ti. Il formalismo si risolve tutto nell'oralità e nella gestualità. Sconosciuta, a testimonianza della risalenza del procedimento, ogni solennità legata alla scrittura.

[arcaicità] Le *legis actiones* ci riportano quindi a un mondo arcaico, che la pur importante testimonianza gaiana non può certo ricostruire. È indubbio infatti che l'assetto delle *legis actiones* quale risulta dalle Istituzioni di Gaio rappresenti quella procedura nel momento evoluto e conclusivo, lontano dal dato di partenza.

Prendiamo ad esempio il significato di *sacramentum* nella corrispondente *legis actio* (§ seguente). All'epoca di Gaio si può tranquillamente definire come una “scommessa” in denaro che le parti fanno con riguardo alla eventuale soccombenza nella lite. In antico invece il *sacramentum*, come risulta dalla connessione con *sacer* (sacro) è il giuramento che chiama a testimonianza gli dei. È un contesto totalmente diverso, che si richiama al divino e coinvolge, per le possibili conseguenze dello spergiuro, tutta la comunità.

La necessità dell'adeguamento dei comportamenti processuali a schemi invariabili dà alle *legis actiones* un carattere predeterminato, ma ammette per ciascuna di esse una varietà di applicazioni in relazione ai casi concreti. **[l.a. generiche e specifiche]** Non hanno però tutte e cinque la stessa portata: da Gaio si può ricavare una distinzione tra le generiche, valide per tutti i casi salvo diversa prescrizione, e le specifiche, previste per situazioni determinate.

Sono generiche, e perciò paradigmatiche, ognuna nel proprio ambito, della procedura per azioni di legge, quelle *sacramento* e *per manus iniunctionem* che furono anche le più risalenti nel tempo.

[l.a. dichiarative ed esecutive] Un'ulteriore distinzione dogmatica è quella che, sugli schemi del processo di cognizione e di esecuzione, distingue tra azioni di legge dichiarative (o di cognizione) ed esecutive.

Sono dichiarative quelle *sacramento*, *per iudicis arbitrive postulationem*, *per conditionem*, esecutive le rimanenti.

Questa partizione, significativamente ignota a Gaio, se utile sotto il profilo espositivo, non va tuttavia enfatizzata. Infatti l'*actio* dichiarativa generica e più antica, quella *sacramento in rem*, si doveva presentare preordinata più che all'accertamento di una situazione, alla realizzazione immediata di una pretesa. Come vedremo più avanti, in difetto di reazione del convenuto o per inosservanza delle forme scattava immediatamente l'autosoddisfazione. Anticamente il timore del sacro, la rapidità imposta al processo, la possibile irrazionalità dei meccanismi decisionali portava probabilmente al soddisfacimento in quella prima fase poi definita di accertamento.

La rapidità e una certa prevedibilità dell'esito, soprattutto per il periodo più antico, dipendono dallo squilibrio tra la posizione di chi attacca e di chi si difende. Soltanto chi ha dietro di sé la persuasione del favore degli dei, la solidarietà dei concittadini, o semplicemente la forza fisica ed economica che di quella condizione ottimale si ritiene manifestazione, può prendere una iniziativa che affronta il territorio del sacro e richiede la capacità e la forza di condurre l'avversario in giudizio.

[autotutela] Perché si faccia luogo alla *legis actio*, occorre infatti che l'avversario venga portato nella sede processuale attraverso la chiamata in giudizio (*in ius vocatio*), con atto privato con cui l'attore ingiunge al convenuto con parole solenni di

presentarsi dal magistrato.

Contro il convenuto che rifiuti di recarsi in tribunale o non dia garanti, non esiste altro rimedio che trascinarvelo a forza o, in caso di ulteriore resistenza, procedere senz'altro all'esecuzione personale, il che dà alla figura dell'attore una precisa connotazione sociale ed economica.

Lo Stato è quindi assente nella fase di instaurazione del giudizio così come in quella di esecuzione, che viene operata direttamente dall'interessato, nel rispetto di regole formali, senza intervento di organi statuali. La presenza del magistrato si ha tuttavia, nei limiti che vedremo, in uno dei due stadi in cui le procedure dichiarative si articolano.

È caratteristica infatti del cosiddetto *ordo iudiciorum privatorum* (quindi sia del processo per *legis actiones* che del successivo processo formulare) la divisione dell'*iter* processuale in due momenti, *in iure* e *apud iudicem*.

[fase *in iure*] Il primo si svolge dinanzi al magistrato (qui *ius* ha il noto significato di luogo ove si amministra la giustizia), il secondo davanti a un giudice che emana il suo parere (*sententia*).

Davanti al pretore le parti, in ossequio ai meccanismi imposti dal sistema delle *legis actiones*, pronunciano parole solenni e tengono eventualmente altrettanto solenni e predeterminati comportamenti.

Il pretore controlla la rigorosa osservanza delle regole ma non interviene se non per dichiarare la vittoria per desistenza dell'avversario o per mancata osservanza delle regole formali o per imporre un *break* temporaneo, come un odierno arbitro. Non ha una funzione attiva di suggerimento o di adattamento dei meccanismi formali alle singole concrete situazioni. Controlla solo che quei comportamenti fissi e immutabili siano giustamente osservati. Non si pronuncia e non giudica, se non forse in una fase antichissima. Il compito di emanare la sentenza spetta al *iudex*, dapprima un organo pubblico, ma che, in periodi più recenti, è un privato scelto dalle parti. Cesura tra i due momenti è la *litis contestatio* che deriva da *testis* (testimone). Con essa i contendenti invocano i presenti come testimoni (*testes estote*) dell'accordo sui termini del giudizio.

Questo momento, centrale, come vedremo, nel processo formulare, forse già nel sistema delle azioni di legge comportava, una volta effettuato, l'impossibilità di riutilizzare una *legis actio* per uno stesso scopo. Non va escluso però che, come vuole un'altra tesi, l'impedimento a una nuova *legis actio* venisse solo dalla pronuncia della sentenza.

[fase *apud iudicem*] Lo stadio *apud iudicem* ha come protagonista un *iudex* (giudice) o un *arbiter* (arbitro) quando occorra, per il conflitto di interessi, una particolare competenza.

Talora il giudizio spetta anche a organi pubblici, per talune materie; comunque, in ogni caso, il momento di elaborazione del giudizio, all'opposto dello stadio *in iure*, ha un carattere relativamente informale.

Per questa fase, di cui comunque sappiamo ben poco, sembrano esservi scarse regole. Dalle XII tavole risulta che le parti devono comparire il giorno dopo davanti al giudicante per esporre i termini della lite e perorare la causa con le proprie argo-

mentazioni. La protratta assenza di una parte fino a mezzogiorno ne comporta la soccombenza. Se i due non “fanno pace” (è il *pàcere* o *pacisci* da cui *pactum* [patto]), si discute la questione. Tutto deve concludersi al tramonto del sole. Il giudice si convince e decide liberamente.

Questo stadio del processo appare in secondo piano non solo per il suo carattere fattuale, ma perché è eventuale, almeno in periodo risalente. Come si vedrà (§ seguente), la più antica azione di legge con portata generale, la *sacramentum in rem*, tende al soddisfacimento già nella fase *in iure*, per la difficoltà della controparte di contrapporsi validamente all'attore, tendenzialmente più forte e motivato, in quella fase del procedimento.

E va inoltre suggerito, sempre per i primordi, che le parti non fossero comunque attese da un giudizio secondo schemi razionali, ma forse da un “giudizio di Dio” basato sull'interpretazione di segni sacrali, manifestanti l'opinione della divinità.

Ma a questo punto ogni discorso non può più prescindere dai modi di funzionamento delle cinque azioni di legge, distinguendo nell'esposizione tra quelle che perseguono uno scopo immediatamente dichiarativo od esecutivo.

3. *Le legis actiones dichiarative*

[*l.a. sacramento*] La *legis actio sacramento* (o *sacramenti*) è sicuramente la più antica e la più importante tra le azioni di legge dichiarative. Oltre che di generale applicazione (diversamente dalle altre due dichiarative), Gaio (4.13) la definisce *periculosa* (cioè a rischio) in quanto comporta per il soccombente il pagamento di una pena in conseguenza del *sacramentum* che dà il nome all'istituto.

Sacramentum fu in antico il giuramento che chiamava gli dei a testimoni. In epoca avanzata si può definire come la scommessa di pagare una somma di denaro all'erario in caso di soccombenza. Tale somma varia in relazione al valore della lite (cinquecento assi o cinquanta assi, a seconda dei casi; sempre cinquanta, per questioni sullo stato di libertà).

Il significato di impegno a pagare una penale è peraltro legato alla più tarda laicizzazione del provvedimento. Già Gaio non riconosce in quel termine alcun elemento di sacralità, che invece connotava l'istituto nel periodo più antico.

Gli storici rilevano infatti che allora la pena non consisteva in una somma di denaro da pagare all'erario, ma in un numero di capi di bestiame, cinque bovini o cinque ovini, a seconda del valore della causa, da destinare al sacrificio, al fine di purgare la comunità dalle conseguenze cui un falso giuramento avrebbe potuto esporla. La perdita di contatto con il sacro fece sì poi che in luogo degli animali venisse introdotto il valore di mercato e la somma destinata alle pubbliche casse.

[*specie*] La *legis actio sacramento* poteva essere *in rem* o *in personam*, con conseguenti diversi schemi processuali. L'azione *in rem* è volta all'affermazione contro qualcuno del diritto di proprietà su una cosa (come anche dello stato di libero o di figlio di una persona). Tende insomma a realizzare una pretesa di carattere assoluto anticipando la categoria delle azioni reali. La procedura *in personam*, nucleo delle azioni

personali, è volta a pretendere una prestazione da una persona determinata. Secondo la successiva terminologia l'una è per i diritti reali, l'altra per i diritti di credito.

Ciascuna tipologia pretende una trattazione autonoma, ma il manoscritto di Gaio presenta, in rapporto al caso di *legis actio in personam*, lacune che consentono minori certezze e fanno conseguire esemplare rilievo alla procedura *in rem* (del resto la più antica).

[in rem] Perché il rituale di legge possa svolgersi, occorrono anzitutto i contendenti davanti al magistrato. L'attore deve quindi provvedere, con tutti i mezzi, a condurre lì il convenuto. Ma è necessario anche che in tribunale sia portata la cosa (o la persona) oggetto di controversia.

La contesa non può svolgersi astrattamente su un diritto, ma in concreto su un oggetto. Se l'oggetto è intrasportabile, va portata, come simbolo, una parte di esso (come una zolla di un fondo o una tegola di un edificio) e solo allora può avere inizio l'attività delle parti.

Chi rivendica la cosa come sua è tenuto a una solennità verbale e gestuale.

Deve prendere la cosa e affermare con precise parole l'appartenenza a sé secondo il diritto dei Quiriti, e quindi toccare con una bacchetta, segno di dominio, l'oggetto. Ora l'affermazione della proprietà da parte del primo contendente è conclusa. La controparte deve a sua volta compiere l'opposta affermazione potestativa, (*contra vindicatio*) per evitare che il pretore aggiudichi la cosa a chi l'ha rivendicata. Effettuata che sia, entrambi i contendenti sono a questo punto sullo stesso piano. Il pretore ordina il *break: mittite ambo hominem* (giù le mani dalla cosa, nella specie uno schiavo). Dopo che le parti hanno riprodotto in termini stilizzati e controllati l'originaria lotta sull'oggetto conteso, il pretore li riconduce allo schema verbale.

A questo punto chi ha preso l'iniziativa chiede all'avversario a che titolo abbia rivendicato, e l'altro risponde: “a buon diritto”. Si hanno allora tra i due reciproche affermazioni che conducono al momento decisivo della sfida al *sacramentum*. Il primo dirà: “poiché hai rivendicato a torto, ti sfido al *sacramentum*”. E l'altro: “e io sfido te” (Gai. 4.16). Dopodiché la cosa viene provvisoriamente assegnata a uno dei due, che deve fornire garanti per la restituzione (*praedes litis et vindiciarum*), ed entrambi si obbligano, dando sempre garanti (i *praedes sacramenti*), a pagare la somma all'erario in caso di soccombenza.

Successivamente, dopo la *litis contestatio*, il processo continua nella fase *apud iudicem*. Il privato, udite le ragioni delle parti (non più in luogo di attore e convenuto, giacché entrambi, avendo compiuto uguale rivendica, sono sullo stesso piano quanto all'onere probatorio), e comunque raccolte le prove, si pronuncia non sull'appartenenza della cosa ma sul carattere giusto o ingiusto del *sacramentum*. La decisione investe quindi direttamente l'onestà del *sacramentum* e solo come conseguenza l'attribuzione della cosa.

[in personam] Necessariamente diverso è lo schema formale della *legis actio sacramento in personam*, con cui si fa valere un diritto di credito. Non vi è un oggetto attorno a cui mimare una contesa che vada portato in giudizio, né il compimento di due atti uguali e contrari tesi all'affermazione del diritto assoluto. L'attore pronuncia parole volte ad affermare l'esistenza del credito, chiedendo al convenuto di am-

metterlo o di negarlo. Se questi lo ammette, si aprirà ai suoi danni il processo di esecuzione; se nega, verrà provocato dalla controparte al *sacramentum*. Il non prestarlo sarà come ammettere il debito; ma se il *sacramentum* verrà prestato, il seguito del procedimento sino alla *sententia* sarà modellato, in quanto applicabile (non c'è ad esempio il problema dell'assegnazione provvisoria della cosa) sul caso della *legis actio in rem*.

A differenza della fattispecie *in rem*, non si ha notizia dalle fonti che il convenuto possa sfidare a sua volta l'attore al *sacramentum*, a possibile dimostrazione della situazione di inferiorità del convenuto in questo sistema processuale.

Una diversità tra i due modi di agire *sacramento* sta nella possibilità di una più rapida e puntuale soddisfazione nella procedura *in rem*. Qui infatti di fronte all'abbandono o all'errore di una parte, il magistrato attribuisce, con solenne *addictio*, l'oggetto conteso alla controparte, mentre nella fattispecie *in personam* l'ammissione del debito o la desistenza fanno scattare l'azione esecutiva, come a seguito di pronuncia del giudice.

Nel racconto di Gaio i vari momenti processuali appaiono quasi inevitabilmente consequenziali. La contesa intorno alla cosa sembra portare automaticamente al *sacramentum*, identificato nella pena pecuniaria, e quindi alla fase *apud iudicem*.

Questo è certamente schema normale per il periodo avanzato di vigenza delle *legis actiones*, quando la perdita della dimensione sacrale e il maggior benessere economico hanno attenuato le conseguenze del *sacramentum* ingiusto. È possibile però che in origine la chiamata degli dei a testimoni da parte dell'attore portasse a una conclusione immediatamente soddisfattoria, almeno per l'*actio in rem* in cui la pretesa si realizza con l'apprensione dell'oggetto.

In antico l'iniziativa doveva necessariamente appartenere a chi fosse fornito della convinzione della verità o quantomeno della presupponenza della forza. Ricordiamo che chi agisce, per portare la cosa in giudizio, deve poter sottrarla con la forza a un eventuale possessore. Di fronte alla scontata e indispensabile determinazione di chi pronunzia il *sacramentum*, la reazione della controparte è per lo più condizionata da cautela e timore giacché la soccombenza nel *sacramentum*, oggetto primario della contesa, significa una grossa perdita economica (cinque bovini o cinque ovini sono un patrimonio in tempi di economia di sussistenza) ma soprattutto la posizione di responsabile di un'offesa al sacro.

La posta molto alta implica un'opposizione motivata. La *legis actio sacramento* riusciva a perseguire un fine soddisfattorio nella stessa fase *in iure*, in misura tanto più significativa quanto più si risale nel tempo.

[*l.a. per iudicis arbitrive postulationem*] Meno antica della precedente, ma già presente all'epoca delle XII tavole, è la seconda *legis actio* dichiarativa: quella *per iudicis arbitrive postulationem* ("per richiesta di un giudice o di un arbitro"). È caratterizzata da un ambito di applicazione specifico: per i crediti derivanti dal contratto di stipulazione, per le divisioni di eredità e, per una legge Licinnia, per la divisione di cose comuni. La prima fattispecie è assai importante in quanto la stipulazione è per i romani la più frequente fonte di obbligazione.

Altro aspetto tipico di questa *legis actio* è l'assenza del rischio di assoggettamento

a pena in caso di soccombenza. Nessun giuramento o scommessa: nel caso di stipulazione, l'unico per cui ci sia pervenuto il formulario, l'attore affermava il proprio credito, chiedendo al convenuto di ammetterlo o di negarlo. Al diniego, l'attore, rivolto al pretore e all'avversario, chiedeva la nomina di un giudice o di un arbitro (*postulatio iudicis arbitrive*, appunto).

Questa particolarità comporta una fondamentale conseguenza: gli interessati non sono più sotto la minaccia di una pena, pecuniaria o sacrale, per la soccombenza.

Sarà quindi quasi inevitabile l'ingresso alla seconda fase, *apud iudicem*. Il contraddittorio davanti al giudice è implicito. La fase *in iure* serve all'introduzione del procedimento, non alla realizzazione di un fine potenzialmente soddisfattorio. A proposito di questo istituto Gaio (4.17) nota che, non essendovi una pena, tutti negavano, per andare a un giudizio di cui la *legis actio* è ormai solo il meccanismo formale introduttivo. Prevede ancora la pronuncia di parole solenni ed ha la solita rigidità formale, ma il suo carattere laico è nella nuova linea dello sviluppo del diritto romano. Purtuttavia, in quanto introdotta per casi specifici, non ha generale capacità sostitutiva rispetto alla *legis actio sacramento*. L'osservazione di Gaio che, esposta la tematica del *sacramentum*, nota subito dopo che in questo diverso procedimento tutti negavano, chiarisce la differenza rispetto all'*agere sacramento* in cui la minaccia del sacro e della pena contrastava resistenze immotivate, consentendo per la desistenza della controparte il raggiungimento dell'immediato fine soddisfattorio dell'apprensione della cosa o l'esperimento dell'azione esecutiva.

Con questo nuovo schema invece si va sempre senza ulteriori rischi alla sentenza.

[*l.a. per condictionem*] La *legis actio per condictionem* fu introdotta da una *lex Silia* del III a.C. per i crediti aventi ad oggetto una somma determinata di denaro (*certa pecunia*) e successivamente per una *lex Calpurnia* estesa ai crediti di qualunque cosa determinata (*certa res*).

Si tratta quindi di un'azione di legge specifica ed astratta (non si deve indicare la causa del credito) che estende la possibilità di agire senza *sacramentum*. Anche qui l'attore, affermato il credito, chiedeva al convenuto di ammetterlo o negarlo. In caso di negazione l'attore intimava di trovarsi *in iure* dopo trenta giorni per ricevere un giudice. Il nome della *legis actio* deriva, spiega Gaio (4.18), dall'antico significato di *condicere*: “denunziare”, “intimare”.

La tipicità di questa *legis actio* sta quindi nella dilazione, peraltro già resa possibile, per la *legis actio sacramento*, da una precedente *lex Pinaria* (IV-III secolo).

Ancora, Gaio (4.20) dice che ci si chiedeva il perché dell'introduzione di questa azione, potendosi agire *sacramento* o *per iudicis postulationem*.

Si può rispondere che un'indubbia utilità di questa *legis actio* sta senz'altro nella possibilità, per le fattispecie non coperte dalla *legis actio per iudicis postulationem*, di agire senza il rischio della pena, con altresì l'utilizzazione, nel nuovo schema semplificato, di quell'intervallo di trenta giorni, utile a fini transattivi. Si è inoltre suggerito che l'introduzione per via legislativa di questa nuova azione di legge, a distanza di secoli dalla prima, sia spiegabile con la volontà di ridare vita a un sistema processuale ormai in evidente crisi.

4. Le legis actiones esecutive

Entrambe le azioni di legge esecutive, *per manus iniectio* e *per pignoris capionem*, nacquero ancor prima della legge delle XII tavole. [L.a. *per manus iniectio*] Secondo qualcuno quella *per manus iniectio* è normalmente, anche se non esclusivamente, conseguente a un processo di cognizione ai fini della soddisfazione (anche nel senso di vendetta) del vincitore nel giudizio. Si parla in questo caso di *manus iniectio iudicati* (conseguenza del giudicato) per distinguerla dai casi in cui, come vedremo, la sua applicazione non è susseguente a una sentenza di condanna.

Caratteristica di questa azione esecutiva è di essere rivolta contro la persona. *Manum inicere* vuol dire afferrare, mettere la mano addosso. Essa ha innanzi tutto una funzione intimidatoria e afflittiva e solo eventualmente uno scopo di reintegrazione patrimoniale, come apparirà dal suo svolgersi.

Per l'esperibilità si presuppone una sentenza di condanna cui l'obbligato non abbia ottemperato entro i trenta giorni prescritti. Al condannato (*iudicatus*) le XII tavole equiparano chi abbia riconosciuto *in iure* valida la pretesa dell'attore.

Decorsi i termini il vincitore nel giudizio trascina l'inadempiente in tribunale (eventualmente con la forza, spesso necessaria anche per l'affermazione di un diritto in un sistema che parte dall'autotutela) e davanti al magistrato pronuncia le parole: “poiché sei stato condannato a mio favore per la somma x e non hai pagato, io ti metto la mano addosso (*manum inicere*)” e afferra una parte del suo corpo (Gai. 4.21).

La dichiarazione solenne è volta alla pubblica legittimazione dell'azione e l'apprensione significa che da quel momento la persona del debitore è alla mercé dell'attore.

Il convenuto difatti non poteva fare altro che offrire un *vindex* (garante soccorritore) che o pagasse o contestasse il diritto dell'attore con una nuova *legis actio*; il garante peraltro, se sconfitto, doveva pagare il doppio della somma originaria.

[sorte dell'insolvente] Ma senza intervento di un *vindex* per il debitore la situazione precipitava. Il magistrato, dopo la *manus iniectio*, approvava con la pronunzia del verbo “*addico*” e autorizzava l'attore a portare via il convenuto, ormai nella nuova condizione di “*addictus*”, persona in potere di altri (vedi anche cap. II § 9).

Nella casa dell'attore, a norma delle XII tavole, il convenuto sarebbe rimasto in catene sessanta giorni, nutrito (la legge stabiliva il peso delle catene e la quantità di cereale – una libbra – da somministrargli giornalmente) e portato in tre giorni consecutivi di mercato nel foro per la proclamazione del suo stato di insolvente, probabilmente per ottenere un intervento a riscatto. Decorsi i sessanta giorni, poteva essere venduto come schiavo in territorio straniero (al di là del Tevere, cioè agli etruschi, all'epoca delle XII tavole) oppure ucciso, realizzandosi così il soddisfacimento attraverso la vendetta e non per mezzo della reintegrazione patrimoniale.

A questo proposito la stessa legge (III.6) disponeva che, stante una pluralità di creditori, se il corpo del debitore fosse stato diviso in pezzi non proporzionali ai crediti, questo non avrebbe fornito motivo di contestazione.

Il cinismo della norma è singolare. Di qui i tentativi per intenderla in modo figurato. È plausibile che questa, più che per una improbabile applicazione, fosse disposta come deterrente per i debitori.

Più tardi, dopo la legge *Poetelia Papiria* (326 a.C.), la condizione dell'*addictus* fu mitigata. Non più ucciso o venduto come schiavo, rimaneva in stato di soggezione nella casa del creditore finché col proprio lavoro non avesse pagato il debito.

[*manus iniectio in luogo di giudicato*] L'esecuzione personale poteva peraltro prescindere da una sentenza di condanna. Oltre alla *manus iniectio iudicati* è possibile una *manus iniectio pro iudicato* ("in luogo di giudicato").

In questo caso la legittimazione alla procedura esecutiva è data non da una sentenza ma da un credito privilegiato che si considera come titolo esecutivo in quanto la certezza del credito equipara la situazione alla pronuncia giudiziale. Questa *manus iniectio pro iudicato* si applicava, come ricorda Gaio (4.22), in molti casi, in forza di vari interventi legislativi.

[*manus iniectio pura*] Tra le *manus iniectioes* consentite in assenza di giudicato si distinsero ulteriormente quelle cosiddette "pure". Nella *manus iniectio pura*, in cui l'attore pronunciando la formula non fa riferimento al giudicato, al convenuto è consentito di difendersi da solo, senza richiedere l'intervento, gravoso e altrimenti necessario, del *vindex*. Può egli stesso contestare le pretese avversarie.

Nel III-II secolo a.C. infine una *lex Vallia* ridusse la necessità di difendersi attraverso il *vindex* a due casi soltanto: quello fondamentale del giudicato e altresì quello del debitore principale cui il garante chiedesse il rimborso.

[*l.a. per pignoris capionem*] L'altra *legis actio* esecutiva, quella *per pignoris capionem* ("per presa di pegno"), ha la particolarità di non fondarsi su una sentenza di condanna. L'esecuzione avviene semplicemente in forza della titolarità di crediti privilegiati. La natura del credito fa sì che il titolare possa intraprendere una procedura tesa – pare, ben poco sappiamo – a forzare il debitore all'adempimento e, in difetto, ad acquistare i beni.

L'*actio* è alquanto risalente e probabilmente anch'essa collegata ad una "giustizia popolare" che riteneva giusto, date certe premesse, l'intervento esecutivo. Essa conferma ed evidenzia in modo pieno gli aspetti autosatisfattivi del meccanismo delle *legis actiones*.

Questa *legis actio* ha le caratteristiche di essere specifica, valida quindi solo per situazioni determinate, e di avere carattere patrimoniale, indirizzandosi ai beni del debitore. Ha poi una particolarità unica: di connotarsi formalmente soltanto attraverso la pronuncia di parole solenni.

Presupposto per il suo esperimento sono crediti fondati su un interesse di natura sacrale (contro chi non avesse pagato un animale destinato al sacrificio), fiscale (agli appaltatori delle imposte contro il contribuente), militare (contro chi fosse tenuto a corrispondere al soldato la paga o il denaro per l'acquisto del cavallo o il foraggio per la sua sussistenza).

[singolarità della procedura] L'azione si compie impossessandosi di cose appartenenti al debitore. Nessuna procedura, nessun contraddittorio; si richiede soltanto la pronuncia, durante l'impossessamento, di parole determinate: quelle che per la

stessa definizione di *legis actio* non possono mai mancare.

La singolarità della procedura sollevò dubbi sul carattere di *legis actio* della *pignoris capio*, stante il suo compimento fuori del tribunale e in assenza dell'avversario e nei giorni nefasti, situazioni che avrebbero vietato l'esperimento di qualunque altra azione di legge. Prevalse la tesi che si trattasse di *legis actio*, proprio per la pronuncia di quelle determinate parole (Gai. 4.29). Ma se questa è una spiegazione formale, contro obiezioni anche sostanziali (l'assenza dell'avversario), la giustificazione sul piano sociale sta nella volontà dei consociati di vedere realizzate attese riconosciute di interesse pubblico. È insomma una proiezione della "giustizia popolare" a legittimare tali deroghe.

Difficile è infine, nel silenzio delle fonti, stabilire se e quali rimedi (rivendicazione di furto?) siano stati apprestati dall'ordinamento a tutela del soggetto ingiustamente spossessato.

5. Dalle *legis actiones* al processo formulare

[limiti del processo per *legis actiones*] Gaio (4.30) collega la scomparsa delle *legis actiones* alla loro caratteristica peculiare e, come dimostra la *pignoris capio*, unica imprescindibile: il formalismo, talmente esasperato da condurre alla perdita della lite per l'utilizzo di un termine nella singola fattispecie ancor più confacente ma non previsto (menzionare le viti al posto dei prescritti alberi in un caso che aveva per oggetto le viti: Gai. 4.11).

Per certo questo fu motivo per il declino e la scomparsa di un sistema processuale che aveva il suo massimo limite nella rigidità del sistema. La *legis actio* è un meccanismo fisso, in qualche misura autosatisfattorio, di per sé non adattabile a pretese nuove, che non lascia spazio a un intervento del magistrato volto alle esigenze di ogni singola vicenda processuale.

Il declino del sistema tuttavia non fu dovuto solo ai suoi limiti intrinseci, ma al combinarsi di questi con la necessità di provvedere alla giurisdizione nei confronti di persone cui anche quel seppur limitato meccanismo era inaccessibile. Le *legis actiones* infatti, rivolte a tutelare esclusivamente pretese di *ius civile*, non sono applicabili agli stranieri, con cui i cittadini romani intraprendono sempre più frequenti rapporti commerciali. Già insufficienti, in progresso di tempo, per le necessità di una società in evoluzione, esse rappresentano uno strumento addirittura inutilizzabile per i rapporti di cui siano parte soggetti privi della cittadinanza romana.

Ci sono quindi, nel sistema delle *legis actiones*, limiti interni che condizionano gli stessi cittadini romani, nonché limiti esterni che ne impediscono l'applicazione al mondo dei rapporti con i peregrini.

Sotto il primo profilo la dimostrazione del disagio indotto dal sistema può ritrovarsi nelle novità normative con cui, a partire dal III secolo a.C., si cercò di migliorarlo. Tali novità non produssero tuttavia un mutamento sostanziale, in quanto questo tipo di processo restava sempre legato alla necessità del compimento *in iure* di atti solenni. A quest'epoca, a parte quelle esecutive, erano vigenti le azioni *sacra-*

mento in personam e per *iudicis postulationem* (peraltro con una portata parziale) per i diritti di credito e quella *sacramento in rem* per le pretese aventi carattere reale.

Fu allora che per i diritti nascenti da obbligazioni si aggiunse la già vista *legis actio per condictionem*, di portata relativamente ampia e di struttura più semplice, che sottraeva ulteriore spazio alla rischiosa *legis actio sacramento in personam*.

[l'agere per sponsionem] Per i diritti assoluti si limitò la necessità di ricorrere alla *legis actio sacramento in rem* attraverso un nuovo procedimento: l'*agere per sponsionem* ("agire mediante promessa"). Il rapporto obbligatorio nascente dalla *sponsio* (cap. VI § 8) permette di innestare su questa il più semplice (rispetto alla *sacramento*) procedimento *per iudicis postulationem*. L'attore che rivendica si fa promettere dal possessore una somma per il caso che riesca a dimostrare il diritto di proprietà sulla cosa.

Questa, fatta solo dal convenuto, è la *sponsio praeiudicialis* (promessa pregiudiziale). Ma forse in origine la promessa doveva essere fatta da entrambe le parti: *sponsio poenalis* (promessa a carattere penale).

Nelle sue applicazioni più tarde (l'istituto vive ancora nel processo formulare, in cui prevalse l'agire attraverso la *formula petitoria* [cap. V § 6]) la *sponsio* servirà solo, anche senza dar luogo alla pretesa della somma in caso di soccombenza, a far scattare il procedimento.

Sulla base della promessa la parte viene citata con la *legis actio sacramento in personam* o con quella *per iudicis postulationem*. Il diniego del convenuto di fronte alle pretese dell'attore investe, attraverso la promessa, il giudice di quello che è il reale oggetto della lite, vale a dire la determinazione della spettanza della cosa.

I vantaggi rispetto alla *legis actio sacramento in rem* sono molteplici: il rischio di penale è solo per il convenuto, non è necessaria la presenza della cosa in giudizio rispettandosi la situazione possessoria, non vi sono problemi di possesso interinale.

Si è opportunamente sottolineato che l'*agere per sponsionem* proponeva novità tecniche destinate a improntare il processo civile. Il meccanismo della *sponsio praeiudicialis* imponeva al solo attore l'onere della prova. La sentenza quindi riguardava il rapporto tra l'attore e la cosa, senza giudicare sul diritto del convenuto, che poteva limitarsi a negare, possedendo.

Questi interventi di aggiustamento, muovendo all'interno del sistema, non eliminano un difetto sostanziale: l'applicabilità solo a situazioni previste dal *ius civile* e a liti di cui siano parte solo cittadini romani.

[nascita del processo formulare] Lo sviluppo dei commerci non poteva tener fuori dalla tutela processuale rapporti interessanti gli stranieri e di diritto delle genti. Strumento dell'evoluzione del processo romano sarà il pretore, alla cui attività di giurisdizione si deve la nascita di un nuovo sistema processuale.

Il magistrato, in caso di lite tra un romano e uno straniero, rinviava ad altri, giudici o arbitri, la soluzione della controversia, senza ovviamente che le parti avessero posto in essere alcuna *legis actio*, fra loro inapplicabile. Per questo però doveva fissare, in quanto organo giurisdizionale, delle regole, inviate, come promemoria per la decisione della controversia, ai decidenti.

Questo programma, indicazione di dati e criteri cui attenersi nella emanazione della sentenza, è la matrice della formula.

È verosimile che la nascita delle formule sia dovuta all'attività del pretore urbano. A lui non se ne deve tuttavia lo sviluppo e la diffusione, essendo troppo legato a una pratica prevalente di *ius civile* e alla *iurisdictio* tra romani.

Occorre per questo che nasca l'organo cui è demandato in modo esclusivo una giurisdizione avente come protagonisti gli stranieri e come diritto applicato il *ius gentium*: il *praetor peregrinus*.

Se il processo formulare non è stato creato dal pretore peregrino (istituito nel 242 a.C.), è pur vero che a lui se ne deve certamente lo sviluppo. La specializzazione di questo organo illustra tutte le possibilità di applicazione della formula.

Proprio l'accentuarsi dell'evoluzione presso il pretore peregrino renderà più evidenti i limiti del processo *per legis actiones* riservato alla cognizione del pretore urbano e determinerà la svolta.

La giurisdizione del pretore peregrino, che utilizza solo la procedura formulare, fa ottima prova, cosicché per i rapporti deformalizzati e comunque le controversie non riconducibili a una norma civilistica il pretore urbano preferisce servirsi di uno strumento più duttile.

[rapporti fra i due sistemi] Si avrà quindi per parecchio tempo una coesistenza fra due sistemi processuali: *per legis actiones* davanti al pretore urbano nel caso di lite fra cittadini romani, *per formulas* davanti al pretore peregrino per liti tra stranieri o tra romani e stranieri ma anche, e in questo sta la novità vincente, davanti allo stesso pretore urbano per liti tra romani non impostate su regole di diritto civile.

[legge Ebuza e leggi Giulie] Secondo Gaio (4.30) il processo *per legis actiones*, venuto in odio, fu tolto di mezzo da una legge Ebuza (attorno al 130 a.C.) e da due leggi Giulie (da identificare con le leggi sui processi di Augusto).

In realtà l'abrogazione delle *legis actiones* avverrà solo con la legislazione augustea e precisamente con la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a.C.

Il riferimento di Gaio alle “due leggi” può spiegarsi variamente. Il giurista potrebbe aver attribuito la disposizione alla legislazione augustea nel suo complesso, costituito appunto dalle due leggi Giulie, rispettivamente sui giudizi privati e sui giudizi pubblici. Ma si è anche ipotizzato che, anche restando nell'ambito dei giudizi privati, le leggi fossero due, con diversa portata territoriale.

Comunque sia, dopo questa disposizione l'antico processo resterà solo per le cause davanti al tribunale dei centumviri per petizione di eredità o per *querela inofficiosi testamenti* (cap. VII § 7), e per il danno temuto (*actio damni infecti* [cap. V § 6]). Per quest'ultimo caso Gaio (4.31) peraltro avverte che tutti preferivano servirsi degli strumenti offerti dalla procedura formulare.

Resta allora da chiarire il ruolo della precedente *lex Aebutia*, la cui portata, certo non abrogativa del sistema, è stata ampiamente discussa.

Si è ritenuto, e questo è abbastanza coerente con l'evoluzione delineata, che la norma abbia consentito o definitivamente legittimato il ricorso alle formule anche per quei rapporti dapprima riservati in via esclusiva alla procedura *per legis actiones*.

Da questo momento coesistono paritariamente i due sistemi, ma la scelta delle parti sarà di ricorrere alle formule. La legislazione augustea non farà altro, in fondo,

che ratificare la situazione di fatto.

Secondo altra tesi la *lex Aebutia* si sarebbe occupata di una sola *legis actio*, abolendo quella *per condictioem*, che in effetti non appare più menzionata da quest'epoca, e sostituendo ad essa un meccanismo formulare.

La procedura formulare, dapprima in coesistenza con le *legis actiones*, poi, di fatto ancor prima che di diritto, sistema vincente, rappresenta lo sfondo processuale della fase di maggior sviluppo del diritto romano, in cui l'iniziativa del pretore e l'attività della giurisprudenza contribuiscono, per il collegamento tra azione e diritto sostanziale, alla nascita e al perfezionamento degli istituti.

6. Caratteri e svolgimento del processo formulare

[la formula] Mentre il processo delle *legis actiones* ruotava intorno ai *certa verba*, le parole solenni, il processo formulare prende denominazione e corpo dalle formule.

Gaio dice che si trattava di *verba* (parole) non più *certa* nella loro fissità iniziale, bensì *concepta*, combinate cioè insieme, caso per caso, per la realizzazione delle pretese dell'attore (e della difesa del convenuto) e poste per iscritto.

La formula è un contesto di parole mediante il quale il magistrato rinvia al giudice la decisione della causa.

Essa presuppone l'accordo delle parti sui termini della controversia e la rappresenta in un modo schematico che, pur nella varietà dei casi, si richiama a tipologie *standard*.

Ora la funzione della fase *in iure* è mutata. In quella sede i contendenti non si rifanno a rituali verbali e gestuali, ma collaborano col magistrato per fissare nello schema formulare i termini della questione che deve essere sottoposta al giudice.

La novità sta nel ruolo ora assunto dal magistrato e dalle parti.

[il magistrato] Il pretore infatti non è più il mero controllore dell'osservanza del rituale, bensì ha il potere, oltre di concedere il giudizio, di creare e adattare le formule ai casi di specie, nonché di mettere in opera coazioni.

Egli infatti propone nell'albo le formule con cui si tutelano specifiche situazioni senza rinunciare alla possibilità di crearle o adattarle caso per caso.

Alle formule corrispondono le *actiones* esperibili dall'attore. L'*actio* non è più, come nell'antico sistema, una procedura valida per una serie di casi, ma è mezzo specifico di tutela di quella situazione e trova corrispondenza nella formula e viceversa.

Questa consente la considerazione di un'ampia serie di situazioni giuridiche; investe rapporti di *ius civile* e *ius gentium*, si ripropone nell'editto che passa immutato al successore (*edictum tralaticium*), ma è sempre suscettibile di aggiornamento e di adattamento caso per caso.

[le parti] Anche il ruolo delle parti muta. Nella fase *in iure* esse collaborano alla redazione della formula col magistrato che, a sua volta, ricorre spesso all'ausilio dei giuristi per la miglior fissazione della materia del contendere. Le parti scelgono, di comune accordo, il giudice. Diversamente dal processo delle *legis actiones*, il proces-

so formulare richiede necessariamente il loro accordo, presentando certe caratteristiche di un arbitrato. Se la parte rifiuta la linea dell'accordo non c'è autotutela, ma l'intervento coattivo del magistrato.

[il nuovo procedimento] Cerchiamo di cogliere in sintesi le altre novità e le diversità rispetto al sistema precedente.

Dai rigidi meccanismi delle azioni di legge si passa alla formula, duttile e componibile, giacché è strutturata in una serie di parti la cui combinazione consente il miglior adattamento alle singole situazioni.

A fianco dell'oralità compare la scrittura: le istruzioni al giudice sono trasmesse per iscritto; il formalismo è solo funzionale alle esigenze del processo e non alle richieste di una astratta e meccanica solennità.

La funzione della fase *in iure* è mutata. Il sistema delle *legis actiones* tendeva a realizzare già in questo momento lo scopo satisfattorio contando sulla formale ammissione, la desistenza o addirittura l'errore dell'avversario. Ora si va davanti al magistrato per impostare il giudizio caso per caso, cosa negata al sistema delle *legis actiones*, poi per scegliere un giudice arbitro. La fase *in iure* ha normalmente come sbocco la fase *apud iudicem*; da essa si allontana la tendenza satisfattoria.

Muta anche lo svolgimento del processo, peraltro ancora diviso nei due stadi *in iure* e *apud iudicem*.

[fase in iure] La chiamata in giudizio (*in ius vocatio*) del convenuto non è più sorretta dall'uso della forza. Contro il citato che rifiuta di recarsi in tribunale (*indefensus*) il pretore utilizza lo strumento coattivo di un parziale o totale spossessamento (*missio in possessionem* o *in bona*) che, come vedremo, può innestare una procedura esecutiva.

[il vadimonium] Sulla fase iniziale del processo si innesta il *vadimonium*. Questo è inizialmente la promessa formale (tramite *stipulatio*), rafforzata eventualmente da garanti, del convenuto di ripresentarsi dopo la prima udienza. Da strumento di garanzia per la ricomparizione, il *vadimonium* si trasforma presto in un accordo preliminare con cui il convenuto promette di comparire nel giorno fissato. In sostanza attore e convenuto collaborano già relativamente alla fissazione dell'udienza iniziale, il che consente al convenuto, tutelato in quel modo l'attore, di evitare di seguirlo in giudizio in momento non opportuno o di rischiare, come *indefensus*, un intervento coattivo del magistrato (la *missio in bona*).

Si è sottolineato che l'uso del *vadimonium* è correlato a un certo livello sociale e, diremmo noi, a una situazione di relativo equilibrio tra le parti. Rispetto al sistema delle *legis actiones*, sostanzialmente improntato a uno squilibrio tra i ruoli, nel processo formulare si ha un maggior bilanciamento tra le due posizioni.

Questo può confermare anche, in una certa misura, il carattere contrattualistico e arbitrale, in quanto basato su vari elementi volontaristici, di questo tipo di processo.

Comparsa le parti innanzi al magistrato, l'attore enuncia la propria pretesa, compie cioè l'*editio actionis*. Si dice che questa è la seconda *editio*, giacché una prima illustrazione stragiudiziale all'avversario della pretesa era prevista dall'editto come necessaria prima della chiamata in giudizio o contestualmente alla stessa.

In sede giudiziale l'attore rinnova e perfeziona la propria richiesta rifacendosi, per questa, alle formule proposte nell'editto. Il convenuto, dal canto suo, normalmente fa riferimento a dati che, inseriti nella formula, renderebbero vana, nelle sue intenzioni, la pretesa dell'attore. In sostanza attore e convenuto collaborano, facendo ognuno la propria parte, alla redazione magistratuale di quella formula che fornirà al giudice i termini della questione su cui decidere.

Lo sbocco definitivo di queste attività congiunte è la *litis contestatio*, che chiude la fase *in iure* e apre quella decisionale.

[stop del procedimento:] Eccezionalmente tuttavia non si arriva alla *litis contestatio* e alla successiva sentenza per eventi straordinari che deviano la procedura dal suo normale corso.

[indefensus] Il primo caso è dato dal convenuto che non collabora (*indefensus*), mentre, posto di fronte all'*editio actionis*, dovrebbe accettarla (*iudicium accipere*) fatte le contestazioni che ritenga opportune. Il suo atteggiamento passivo produce spossamento nelle azioni reali ed esecuzione in quelle personali.

[confessio in iure] Il secondo caso è dato dal riconoscimento della pretesa dell'attore davanti al magistrato (*confessio in iure*). Nel caso che questa consista in una somma di denaro si apre la procedura esecutiva, altrimenti si andrà avanti, con diverse modalità, fino alla sentenza del giudice.

[iusiurandum in iure.] Lo svolgimento del processo può essere infine troncato dal giuramento davanti al magistrato (*iusiurandum in iure*) deferito dall'attore al convenuto per casi particolari. Chi giura vince, sia esso il convenuto o l'attore cui sia stato, come possibile, riferito.

Il *iusiurandum* può richiamare il *sacramentum* della *legis actio*, ma senza la forza minatoria di quell'invito al giuramento. Del resto *iusiurandum*, anche terminologicamente, è lontano dalla terribilità del *sacramentum*.

Torniamo al caso normale. Il pretore, identificate correttamente la pretesa dell'attore e le controaffermazioni del convenuto, deve valutare la causa al fine innanzi tutto di decidere se concedere l'azione. Se infatti l'azione sia manifestamente infondata o iniqua, il pretore la nega (*denegatio actionis*).

All'opposto il pretore può, rilevata la situazione e preso atto dell'inesistenza di un mezzo di tutela, concedere per decreto un'*actio* caso per caso.

[conclusione della fase in iure] Se la pretesa dell'attore gli sembra meritevole di astratta tutela e salve le obiezioni, da verificare in fatto, del convenuto, il magistrato, dopo aver collaborato alla redazione dell'istruzione scritta che condensa per il giudice, secondo schemi, i termini della controversia e dopo che le parti hanno scelto il giudice, decide di concedere l'azione (*actionem, iudicium dare*). **[litis contestatio]** Con questo atto e con la *litis contestatio* che è l'accordo delle parti sui termini della controversia (per cui il convenuto accetta la formula proposta dall'attore e approvata dal magistrato) si conclude la fase *in iure*, mentre il giudizio *apud iudicem* proseguirà tra le parti nei termini tra esse appunto fissati con la *litis contestatio*, momento processuale già individuato nella procedura *per legis actiones*.

Questo, che in antico significava chiamare i presenti a testimoni, ora è il momento di fissazione della controversia nei suoi termini definitivi quali saranno sottopo-

sti al giudice. Essa rappresenta per le parti “la reciproca ed espressa accettazione del giudizio” (Talamanca). Attore e convenuto si sottomettono al giudice e quindi alla sentenza.

Il rapporto sostanziale si trasforma in rapporto processuale il cui contenuto sarà determinato dalla sentenza. Si estingue il vecchio vincolo e se ne costituisce uno nuovo: non si è più tenuti in forza dell'obbligazione, ma della *litis contestatio* (vedi anche cap. VI § 25). Al momento del suo verificarsi dovrà riferirsi il giudice per valutare la fondatezza del diritto dell'attore e l'ammontare della condanna.

[effetti] Al momento della *litis contestatio* vanno altresì riportati gli effetti estintivi e preclusivi connessi all'esercizio dell'azione. Vale infatti per il processo romano il principio che la retorica riassume nel brocardo *bis de eadem re ne sit actio* (“nessun secondo processo riguardo allo stesso affare”).

Con la *litis contestatio* la carta processuale è definitivamente giocata e non può essere ritirata; una volta utilizzata l'azione, non è più possibile il ricorso ad altra azione per quella questione.

L'effetto preclusivo funziona peraltro diversamente a seconda del tipo di giudizio esperito, giacché a volte opera di diritto (*ipso iure*), in altri casi in via d'eccezione.

Occorre a questo punto far riferimento alla distinzione, operata dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*, tra i “giudizi legittimi” (*iudicia legitima*) e i “giudizi connessi con l'imperio [del magistrato]” (*imperio continentia*). I primi sono quelli che si rifanno ai requisiti formali delle *legis actiones*, si svolgono cioè a Roma e fra cittadini romani e con giudice unico e cittadino romano. Nei secondi manca anche uno solo dei suddetti presupposti.

Tra i giudizi legittimi bisogna ulteriormente identificare quelli che derivano da una vera e propria obbligazione civile (*obligatio*), sono cioè personali (*in personam*), rivolti ad affermare una obbligazione del convenuto e con la pretesa (*intentio*: vedi § seguente) facente riferimento al diritto civile (*in ius concepta*).

Per questi giudizi legittimi operano effetti di diritto civile ricalcati su quelli delle *legis actiones*, e l'estinzione avverrà automaticamente (*ipso iure*), con preclusione di una nuova azione.

Negli altri giudizi invece (“connessi con l'imperio”, o legittimi di altro tipo – azioni reali o *in factum*) sono i magistrati ad impedire l'esercizio dell'azione attraverso il rimedio dell'eccezione. Sarà il convenuto nel successivo giudizio per la stessa questione a dover sollevare l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (“eccezione di cosa giudicata o dedotta in giudizio”) se vorrà che il giudice ne tenga conto e lo assolva. Come risulta dalla denominazione dell'*exceptio*, il principio della preclusione si applica altresì alle questioni già decise con sentenza che l'attore voglia riproporre.

[fase apud iudicem] Chiusa la fase *in iure*, si va dinanzi al giudice, scelto dalle parti, il cui nome è indicato in principio della formula. Può essere un privato cittadino (*iudex, arbiter*) ovvero un collegio giudicante (*recuperatores*) per le questioni di maggior interesse pubblico. Le parti possono scegliere liberamente, ma a disposizione ci sono comunque altri giudici e *recuperatores* cui le parti devono far riferimento in caso di disaccordo. Una *lex Irnitana* (fine I secolo d.C.) ci informa sulle procedure di

scelta.

Al giudice spetta il compito di accertare quanto nella formula si presenta “ipotesico e alternativo” (Talamanca).

Lo schema scritto che gli viene sottoposto gli propone generalmente l'enunciazione di una pretesa dell'attore e l'obiezione del convenuto. La richiesta e l'alternativa richiedono una verifica. Lo strumento sta nelle prove: saranno queste a decidere. La fase *apud iudicem* è quella in cui si assumono, si discutono, si valutano le prove. Di questo momento, legato a dati di fatto, i giuristi si interessano relativamente. La materia attira invece l'attenzione dei retori, che ricercano i più validi criteri persuasivi da suggerire agli avvocati.

Non vi sono regole sicure in ordine alla attività richiesta alle parti in questa fase. Non si sa fino a quando sia stato valido l'antico e già visto (§ 2) precetto sulla necessità e le modalità della loro comparizione.

Il numero delle udienze e le modalità di svolgimento sono rimesse alla discrezionalità del giudice.

[le prove] Le prove, testimoniali e documentali, non sono soggette a una precisa gerarchia. Le prime sembrano aver maggior peso, non solo per l'originaria prevalenza dell'oralità negli atti giuridici, ma per la possibilità di instaurare su quella base un contraddittorio con domande e interrogazioni dinanzi al giudice.

L'onere della prova del diritto vantato spetta all'attore, quello di eventuali eccezioni al convenuto.

Sulla base delle prove addotte, il giudice valuta e decide liberamente. Il limite sostanziale è dato dalla materia del contendere inserita nella formula, che fornisce l'oggetto esclusivo e insuperabile della decisione.

[la sentenza] Lo sbocco conclusivo dello stadio *apud iudicem* e di tutto il processo è la sentenza, termine che significa “parere” e che deve la sua forza alla concorde volontà delle parti corroborata dal magistrato. Per questo suo carattere arbitrale essa è inappellabile e risolve definitivamente la lite.

L'azione non può essere riproposta; anzi, già con la *litis contestatio*, talora automaticamente, talora solo in via di eccezione, si è realizzato l'effetto preclusivo.

La sentenza, quale che sia la natura dei rapporti considerati, di regola può solo condannare a una somma di denaro. Con questo limite, peraltro superabile, l'autorità del giudicato (*res iudicata*) si realizza con l'apposita azione (*actio iudicati*) e le procedure esecutive, di cui ci occuperemo più avanti.

7. Le parti della “formula tipo”

La duttilità e l'adattabilità della formula discendono da una struttura non rigida ma scomponibile in più elementi inseribili e intercambiabili. Non è caratterizzata dal formalismo, anche se le singole parti si cristallizzano in proposizioni *standard*, e del resto garantiscono la continuità e l'uniformità dei trattamenti.

All'interno delle formule sono dunque identificabili varie parti che adempiono a funzioni diverse. Anche se le formule, come le azioni, sono innumerevoli, esse pre-

sentano tipologie e intelaiature comuni, che possono poi essere riempite con i dati del singolo caso (si pensi ai nostri moduli).

La nostra principale fonte in proposito, le Istituzioni di Gaio (4.39 ss.), enuncia quattro parti della formula: *demonstratio* (esposizione del fatto), *intentio* (pretesa), *adiudicatio* (aggiudicazione), *condemnatio* (condanna). Possiamo partire da qui, con le dovute avvertenze: che, accanto a queste, per adattare la formula al caso concreto, vi sono altre parti ancora, e non infrequenti, e che non è in ogni caso necessaria la compresenza delle quattro indicate.

Premesso che il tutto va comunque preceduto dall'indicazione del giudice o dei giudici, esaminiamole partitamente.

La *demonstratio* indica il fatto che origina la controversia: “Premesso che Aulo Agerio ha venduto uno schiavo a Numerio Negidio”. Notiamo come i nomi fittizi dell'esempio gaiano manifestino l'ideologia. Agisce (*Agerius*) il ricco (*Aulus*); si difende negando (*Negidius*) il convenuto (*Numerius*: *numerare* vuol dire pagare). Anche questo può informarci del permanere dell'idea di uno squilibrio tra le parti, che si manifesta tendenzialmente nell'attesa della vittoria dell'attore.

[a] *demonstratio* La *demonstratio* serve quando l'*intentio* (la parte della formula che viene subito dopo), per la sua genericità (*intentio incerta*), non sarebbe sufficiente. L'esposizione del fatto errata generalmente non nuoce, salvo nelle formule *in factum conceptae* (“costruite sul fatto”: § 9) aventi come conseguenza l'infamia per il convenuto, che fanno perdere la lite all'attore (Gai. 4.60).

[b] *intentio* L'*intentio*, preceduta o meno da *demonstratio*, a seconda dei casi, è la parte della formula in cui, secondo la definizione di Gaio (4.41), è espressa la pretesa dell'attore. Può essere *incerta*, indeterminata (“qualunque cosa Numerio Negidio apparirà dover dare o fare ad Aulo Agerio”) o *certa*, determinata (“se apparirà che Numerio Negidio debba dare ad Aulo Agerio diecimila sesterzi”).

Se si chiede una cosa per un'altra ovvero di meno, sono possibili rimedi. Nel primo caso di nuovo intentare l'azione; nel secondo si potrà agire per il residuo – purché non durante l'anno di carica dello stesso magistrato – non avendo operato la *litis contestatio* rispettivamente sull'oggetto effettivo o sull'intero ammontare. Si perde invece la causa se si chiede di più (*pluris petitio*). Questo può accadere sotto vari profili: dell'oggetto (dieci anziché cinque), del tempo (prima del termine), del luogo (a Roma anziché a Efeso), della causa (non si concede la facoltà di scelta nelle prestazioni alternative o generiche [cap. VI § 3]). L'effetto consuntivo della *litis contestatio* condurrà poi all'impossibilità di far valere il rapporto sottostante.

[formule *in ius*] Attraverso l'*intentio* si realizza anzitutto una pretesa di carattere civilistico (*intentio in ius*). Le formule che la contengono sono *in ius conceptae* (“costruite in diritto”).

Ecco la formula *in ius* relativa al deposito riportata da Gaio (4.47):

“[Tizio] sia giudice. Premesso che Aulo Agerio ha depositato un piatto di argento presso Numerio Negidio – del che è causa – qualunque cosa in rapporto a ciò deve (*oportet*) Numerio Negidio dare o fare ad Aulo Agerio in base alla buona fede, ad essa, o giudice, condanna Numerio Negidio in favore di Aulo Agerio, se non restituisca. Se [ciò] non apparirà, sia assolto”.

[formule in factum] Le azioni *in factum* sono basate su una fattispecie inizialmente non presa in considerazione dal *ius civile* (non compare infatti il verbo *oportere*). Vediamo, sempre in Gaio, l'originaria formula del deposito:

“[Tizio] sia giudice. Se apparirà che Aulo Agerio abbia depositato un piatto di argento presso Numerio Negidio e che per il dolo malvagio di Numerio Negidio il piatto non sia stato restituito ad Aulo Agerio, il giudice, per quanto varrà la cosa, a tanto denaro condanni Numerio Negidio in favore di Aulo Agerio. Se non apparirà, lo assolva”.

Qui l'*intentio* viene ritrovata dalla dottrina romanistica prevalente nell'enunciazione della fattispecie tutelata (*intentio in factum*). Secondo altri, in questi casi non si avrebbe *intentio*, identificandosi la richiesta con la *demonstratio*. Una volta ammessa nelle azioni *in factum*, l'*intentio*, a parte i giudizi divisorii, mancherebbe solo nell'azione per ingiurie.

Demonstratio e *intentio* hanno lo scopo di illustrare, in termini di fatto o di diritto, la situazione in vista del provvedimento chiesto al giudice. Sono funzionali alle residue parti. Ciò è assolutamente vero per la *demonstratio*, mentre l'*intentio* può ricorrere da sola nelle cosiddette *formulae praeiudiciales*, rivolte cioè all'accertamento di uno status o di una situazione.

Le due residue parti della formula sono innescate dalle precedenti e non possono quindi stare da sole. Si pongono tendenzialmente come alternative, ma non è escluso possano trovarsi insieme.

[c] adiudicatio L'*adiudicatio* conferisce al giudice il potere di attribuire determinate cose o porzioni di esse alle parti in causa.

Si trova soltanto nei giudizi divisorii (l'*actio familiae erciscundae* e l'*actio communi dividundo*) e nell'*actio finium regundorum*. Suo tramite, è possibile la costituzione di servitù (cap. V § 10).

Nel primo caso gli eredi chiedono la divisione dei beni ereditari, nel secondo caso sono i condomini a rivolgersi al giudice per analogo scopo; nel terzo si chiede al giudice di definire e sistemare i confini.

L'*adiudicatio* può coesistere, per regolare eventuali rapporti conseguenti alla divisione, con la *condemnatio*, che rappresenta la normale conclusione della formula.

[d] condemnatio Il termine *condemnatio* è bivalente, indicando sia la condanna irrogata dal giudice, sia appunto la parte della formula con cui le parti congiuntamente gli conferiscono il potere di condannare o di assolvere.

Un'altra formulazione – oltre a quella degli esempi veduti – era questa: “O giudice, condanna Numerio Negidio in favore di Aulo Agerio a diecimila sesterzi. Se non apparirà [s'intende il fondamento della pretesa attrice], assolvì”.

La condanna è teoricamente sempre formulata in una somma di denaro – salvo il temperamento della clausola arbitraria: § seguente – e Gaio (4.48) nota che, anche se si richiede una cosa corporale, il giudice condanna a una somma di denaro corrispondente alla stima della cosa.

Questa caratteristica del processo romano può spiegarsi con la maggior facilità di trovare un garante per il pagamento di una somma di denaro rispetto a una prestazione in forma specifica e anche con la migliore eseguibilità della procedura esecu-

tiva partendo da un credito già predeterminato in una somma di denaro.

La condanna può essere chiesta in una somma determinata (*condemnatio certa*) o indeterminata (*incerta*), quando, fissati i criteri, si rimette al giudice la sua valutazione (*litis aestimatio*). Questa può talora essere rimessa alla discrezionalità del giudice sulla base di equità (azioni *in bonum et aequum conceptae* [§ 9]). La condanna incerta può prevedere un tetto (*taxatio*) o essere senza limite. Nei casi di *condemnatio incerta* il giudice farà generalmente riferimento, per lo meno per quelle con *intentio incerta*, all'interesse dell'attore (*quanti interest*).

[**beneficium competentiae**] Attraverso la fissazione di un tetto si realizza il cosiddetto *beneficium competentiae*, di cui talvolta fruisce il debitore, che viene così condannato nei limiti delle sue sostanze (come nel caso delle obbligazioni tra soci o tra coniugi). Egli si salva così da un procedimento esecutivo e dalla conseguente infamia.

Comunque sia formulata la *condemnatio*, il giudice deve sempre condannare a una somma determinata che dovrà coincidere con quanto indicato nel caso di *condemnatio certa* e rispettare, nel caso di *condemnatio incerta*, il tetto eventualmente fissato.

Se l'attore pone nella *condemnatio* di più rispetto al dovuto, il convenuto trova rimedio dal pretore mediante la *restitutio in integrum* (§ 10); diversamente l'attore che richiede meno del dovuto non trova soccorso giacché, come si nota, il pretore, forse consapevole della miglior condizione di Aulo Agerio, tende ad aiutare più facilmente i convenuti che non gli attori (Gai. 4.57).

8. Le altre parti della formula

Oltre alle quattro indicate la formula può in concreto contenere altre parti o clausole. Gaio ne parla separatamente. Il diverso trattamento può forse spiegarsi o con la loro funzione, in quanto introducono un elemento accidentale dell'esclusivo interesse di una delle parti (*praescriptio*, *exceptio*), ovvero perché non sono riconosciute meritevoli di autonomia rispetto all'enunciazione della pretesa (clausola arbitraria, *fictio*).

Comunque sia, occorre passarle in rassegna giacché in concreto (è il caso dell'*exceptio*) possono ricorrere con frequenza superiore a quella di parti della formula tipo.

[**a**] **praescriptio** La *praescriptio* è nell'interesse dell'attore (*pro actore*). Va scritta, come dice il termine, all'inizio della formula, tra l'indicazione del giudice e l'eventuale *demonstratio*, cui può essere unita. Serve a limitare la materia del contendere allorché l'*intentio* incerta comporterebbe altrimenti la deduzione in giudizio dell'intero rapporto. L'esempio è quello del credito a rate. La *praescriptio* serve a mettere in chiaro che si agisce solo per le rate scadute (“ci si occupi di quanto è scaduto”) e non per l'intero credito. La clausola è indispensabile in quanto, se l'attore omette la premessa, viene dedotto in giudizio l'intero credito con il risultato che egli perde una parte di quanto dovutogli, giacché il giudice non può condannare il convenuto per le rate non ancora scadute, mentre l'effetto estintivo della *litis contestatio* gli preclude la possibilità di ottenere il residuo.

[b] exceptio] Ben maggiore rilevanza ha lo strumento a favore del convenuto, l'*exceptio* ("eccezione"), erede di una precedente *praescriptio* a favore del convenuto (*pro reo*).

Inesistenti all'epoca delle *legis actiones*, le eccezioni devono il loro sviluppo al processo formulare.

La nozione di eccezione si collega infatti alla possibilità di far valere in giudizio argomentazioni che per diritto civile non sarebbero da prendere in considerazione ma a cui il diritto pretorio, interprete di nuove esigenze, annette rilevanza. Talvolta l'*exceptio* è anche lo strumento per realizzare un obiettivo di una norma civilistica (legge, senatoconsulto; si pensi all'eccezione della *lex Laetoria* [cap. II § 14]).

L'*exceptio* non è la negazione pura e semplice, da parte del convenuto, del diritto vantato dall'attore. Anche opporre l'avvenuto pagamento non è eccezione: per essere assolto, il convenuto dovrà solo provarlo davanti al giudice, senza inserimento di una apposita parte della formula.

È invece eccezione introdurre nella logica civilistica un elemento di contestazione fondato su principi di equità. Tale è ad esempio l'inserimento di una obiezione che si richiami all'esercizio della violenza o del dolo da parte dell'attore. Questo fatto, dapprima irrilevante dal punto di vista civilistico, contrasta con l'equità pretoria e potrà essere richiamato dal convenuto in via di eccezione nella formula. Così, anche attraverso il riconoscimento al convenuto di difese non concesse dal *ius civile*, il pretore raggiunge lo scopo di correggerlo.

L'*exceptio* è dunque mezzo di difesa del convenuto e segno del contrasto tra la rigidità del *ius civile* e la *aequitas* pretoria come avverte Gaio (4.116): "Le eccezioni sono introdotte a difesa di coloro contro i quali si agisce. Spesso infatti avviene che uno per diritto civile sia tenuto, ma che sia iniquo condannarlo in giudizio".

Il contrasto tra diritto civile e diritto pretorio, che il magistrato talora risolve in fase iniziale con la *denegatio actionis*, si manifesta, nel caso si renda necessario il ricorso a un meccanismo probatorio, attraverso l'introduzione dell'*exceptio*.

Questa va inserita nella formula tra l'affermazione della pretesa dell'attore (*intentio*) e la richiesta di condanna (*condemnatio*).

Rispetto a quest'ultima funziona come condizione negativa rivolta al giudice ("...se non sia stato fatto con dolo malvagio di Aulo Agerio, condanna"). Se il convenuto prova il fatto dedotto in eccezione, l'attore perderà la lite.

[tipi di eccezioni] In relazione alla provenienza si possono distinguere tre tipi di eccezioni: quelle proposte dal magistrato nell'editto, quelle da lui concesse caso per caso e infine quelle con cui il pretore rende operanti disposizioni di leggi o senatoconsulti.

Tra le singole eccezioni vanno in particolare ricordate le eccezioni di patto convenuto e di dolo.

Nel primo caso, contratta un'obbligazione, viene ad esempio successivamente pattuito in via informale che il creditore non richieda più la prestazione al debitore. Al patto il diritto civile non collega la possibilità di estinguere l'obbligazione, ma il pretore in base a equità concede l'eccezione. Se l'esistenza del patto sarà provata il convenuto verrà assolto.

Ancor più rilevante è l'*exceptio doli* che da strumento di difesa contro macchinazioni e raggiri della controparte assurge a una sorta di mezzo di difesa sussidiario contro qualunque ingiustizia o stortura (vedi cap. IV § 4).

[peremptoriae e dilatoriae] Con riguardo alla tutela che offrono al convenuto le eccezioni si dividono in *peremptoriae* (“letali”) e *dilatoriae*.

Le prime possono essere opposte in qualunque momento e bloccano sempre la pretesa dell'attore. Tali sono l'eccezione di patto di non richiedere più la prestazione (*pactum de non petendo*) e l'eccezione di dolo, di cui si è detto. Le eccezioni dilatorie invece possono essere opposte solo in un certo periodo o in certe circostanze. L'esempio è quello del patto di non chiedere il denaro per cinque anni: il debitore potrà far valere l'eccezione solo se l'attore agirà prima del quinquennio.

Costui deve evitare di proporre la causa in quel periodo di tempo. Se, nonostante l'obiezione del convenuto, l'attore non si arresta, l'inserimento dell'eccezione dilatoria gli farà perdere la causa. Infatti con la *litis contestatio* l'eccezione dilatoria inserita avrà lo stesso effetto della perentoria e in seguito l'effetto estintivo e preclusivo della *litis contestatio* opererà in identico modo.

[repliche] Con l'*exceptio* viene inserito nella formula un dato nuovo, a vantaggio del convenuto. Se l'attore ritiene che ciò possa ingiustamente nuocergli può far valere una “replica” (*replicatio*) onde annullare a sua volta l'*exceptio*. L'esempio che si trova nelle Istituzioni tanto di Gaio che di Giustiniano è quello dell'attore che, di fronte all'eccezione di patto di non chiedere il denaro, invoca un successivo patto contrario. Alla replica dell'attore può poi far seguito una *duplicatio* del convenuto, cui potrà seguire una *triplicatio* dell'attore e poi, anche se solo in via teorica, il palleggio potrebbe continuare ancora.

[c) clausola arbitraria] La clausola arbitraria rappresenta un correttivo della regola che impone la condanna a una somma di denaro. Si consente al convenuto di liberarsi, fino al giudizio, prestando la cosa oggetto della controversia e quindi permettendo all'attore la realizzazione specifica della sua pretesa.

Il caso tipico di applicazione della clausola arbitraria si ha nella rivendica (“se la cosa stessa non verrà restituita”).

Va inserita nella formula tra l'*intentio*, di cui è evidentemente stata ritenuta una specificazione così da non aver rilievo autonomo come parte della formula, e la *condemnatio*.

In forza di essa il giudice prima di procedere alla condanna pecuniaria deve invitare il convenuto alla restituzione, secondo le modalità determinate dalla sua discrezionale valutazione, e condannare solo in caso di inottemperanza.

[iusiurandum in litem (estimatorio)] A spingere il convenuto alla *restitutio* c'è un mezzo di coazione. L'ammontare della somma (*litis aestimatio*) viene infatti solitamente fissato dall'attore attraverso il giuramento estimatorio (*iusiurandum in litem*, con cui egli valuta il suo interesse alla restituzione), che si prospetta come sfavorevole al convenuto.

In assenza di clausola arbitraria l'adempimento del convenuto dopo la *litis contestatio* non avrebbe evitato l'irrogazione della condanna pecuniaria. Prevalse tuttavia la tesi liberatoria, dapprima per i giudizi di buona fede, poi per ogni altro giudizio.

In questo modo, attraverso la clausola arbitraria per talune azioni e la possibilità di ripensamento fino alla conclusione del giudizio, si temperava il generale principio della condanna pecuniaria.

[fictio] La *fictio* (finzione) è una clausola modificatrice dell'*intentio* con cui il pretore impone al giudice di dare per esistente una circostanza in realtà inesistente giacché tale circostanza, positiva o negativa, è posta come requisito dal *ius civile*. La finzione è adattamento operato in sede pretoria e serve ad estendere la tutela processuale a casi non contemplati.

Si ha la *fictio* nel caso dell'*actio Publiciana*, fingendosi avvenuta l'usucapione non ancora completata (cap. V § 4), e ancora quando si finge non avvenuta una *capitis deminutio* al fine di consentire al creditore di agire contro il soggetto divenuto *alieni iuris*, ovvero quando si considera cittadino lo straniero, per legittimarlo dall'azione di furto, o quando si considera erede il *bonorum possessor* per legittimarlo ad agire per i crediti ereditari, e in molti altri casi. Le formule *ficticiae* partecipano del più ampio gruppo delle azioni utili (§ seguente).

9. Generi di azioni

La tipicità e l'individualità delle azioni, per cui ad ogni situazione giuridica riconosciuta dall'ordinamento corrisponde la sua *actio*, non impediscono che esse siano classificabili in categorie, in base a caratteri comuni, all'origine, e alla funzione svolta.

Le varie specie di azioni trovano rispondenza nella struttura delle formule, con diversa operatività processuale.

Vediamole, sommariamente, dovendo ridurre a schema anche quello che, per la lunga evoluzione del processo formulare e per la non dogmatica tendenza dei giuristi, sarebbe talora materia più fluida, e avvertendo che varie azioni e formule, a seconda dei punti di vista, possono far parte di categorie diverse.

Il commentario delle Istituzioni di Gaio dedicato alle azioni inizia proprio con due classificazioni delle azioni: la prima tra reali e personali (*in rem, in personam*); la seconda tra quelle volte a ottenere una *res* ("cosa", in senso ampio) ovvero una pena ovvero entrambe (per cui, sulla scorta della formulazione giustinianea si usa la terminologia di azioni reipersecutorie, penali, miste).

[reali e personali] La distinzione delle azioni tra reali e personali, già riscontrabile nella dicotomia all'interno della *legis actio sacramento*, riflette la fondamentale partizione sostanziale fra diritti reali e diritti di obbligazione.

Scriva Gaio (4.2-3) che con le azioni personali noi affermiamo che qualcuno è obbligato verso di noi, per contratto o "illecito", mentre nelle reali noi affermiamo che una cosa è nostra, o che ci spetta un diritto su di essa ovvero neghiamo l'esistenza di tali diritti in capo ad altri.

Le azioni *in personam* sono dette anche *condictionem*; quelle *in rem, vindicationes*.

Nel primo caso l'*intentio* fa riferimento a un obbligo del convenuto espresso col verbo *oportere*, nelle azioni civili (vedi più avanti) di tenere un certo comportamen-

to (potrà essere un dare, fare o prestare), nel secondo si trova l'affermazione della proprietà o di un altro diritto reale (o la sua negazione).

Ai due tipi di azione si collegano conseguenze diverse. La passività processuale comporta la perdita del possesso del bene nelle azioni reali, mentre nelle azioni personali mette in moto la procedura esecutiva. In rapporto alla *litis contestatio*, nelle azioni personali opera il più sfavorevole effetto estintivo *ipso iure* (§ 6).

[reipersecutorie, penali, miste] La seconda classificazione gaiana delle azioni è in reipersecutorie, penali e miste.

Sono reipersecutorie le azioni tese alla reintegrazione patrimoniale, quindi le azioni reali che tendono all'ottenimento di una cosa, e anche quelle personali che tendono a una prestazione non imposta dal compimento di un delitto.

La nozione di azione penale è correlata alla concezione dell'atto illecito come produttivo non solo di sanzioni pubbliche ma anche private (appunto una *poena*). L'illecito che ha come conseguenza l'irrogazione di una pena privata è il *delictum*.

Penali sono quindi le azioni personali dirette al conseguimento di una pena pecuniaria per il delitto.

Carattere misto hanno, nell'impostazione gaiana, quelle azioni che tendono alla *rei persecutio* e a una pena insieme, in quanto il convenuto che nega temerariamente la pretesa dell'attore (*infitiatio*), viene condannato nel doppio, onde l'azione ha la funzione di assicurare la reintegrazione e la pena. Il primo esempio di Gaio è dato dall'*actio iudicati*, di cui parleremo a proposito dell'esecuzione (§ 11).

Vi è anche il caso dell'azione nascente dalla legge Aquilia, *mixta*, perché data nel doppio contro chi nega. È ancora tale in diritto giustiniano, ma, come vedremo (cap. VI §§ 17, 20), in un significato nuovo.

La nozione gaiana di azione mista è apparsa insoddisfacente, in quanto la “pena” di questa non è la sanzione dell'illecito conseguente al delitto, ma una sanzione processuale.

Accanto a questa, non fu sconosciuto al diritto classico il concetto di azione mista come comprensivo, oltreché di reintegrazione patrimoniale (*rei persecutio*), della pena per il delitto, che è tipico del diritto giustiniano, e che verrà in considerazione insieme ad altre particolarità delle azioni penali, a proposito dei delitti (cap. VI § 17).

[civili, pretorie] Ad amplissimo raggio è la distinzione tra azioni civili e azioni pretorie (principali componenti delle azioni onorarie, quelle di provenienza magistratuale).

Sono azioni civili quelle che, dice Gaio, vengono da leggi o senatoconsulti, pretorie quelle che derivano dalla giurisdizione del pretore (4.110).

Il carattere di azione civile è stabilito dalla formulazione dell'*intentio*, quando afferma la titolarità di proprietà quiritaria o di altro diritto reale, o un obbligo identificato col verbo *oportere*. Fa sempre riferimento al diritto: *intentio in ius*, che non è però esclusiva delle azioni civili, comparando anche nelle azioni pretorie adattate (*utiles*).

[specie di azioni civili: arbitrarie *praeiudicia*] Tra le azioni civili figurano quelle arbitrarie che, come sappiamo, tendono a evitare la condanna pecuniaria, e i *praeiudicia*,

che danno luogo a formule con sola *intentio* per la loro funzione di semplice accertamento.

[di buona fede] Una rilevante posizione all'interno delle azioni civili, per la loro disciplina, è occupata dalle azioni di buona fede.

La loro origine va ricercata nei rapporti commerciali tra romani e peregrini, per cui servono negozi giuridici impostati sull'equità e privi di forme. Questi rapporti, affermatasi per la tutela pretoria, vengono assunti all'interno del sistema civilistico con le congenite caratteristiche.

Nell'*intentio*, accanto al riferimento all'obbligo del convenuto (si tratta di azioni *in personam*) espresso col verbo *oportere*, si trovano le parole *ex fide bona*.

Ciò significa che l'obbligo va valutato in base ai principi della buona fede. Si autorizza un'ampia discrezionalità al giudice, che dovrà valutare il rapporto tra le parti in tutti i suoi aspetti, tener conto della correttezza dei loro comportamenti e decidere su base equitativa.

Le conseguenze sono molteplici: il giudicante, in base al suo apprezzamento, può tener conto di pattuizioni altrimenti non valutabili, degli interessi e dei frutti, dei vizi del volere e infine di eventuali crediti del convenuto (ammettere cioè la compensazione [cap. VI § 25]). **[in bonum et aequum]** Spazio alla discrezionalità, riguardo all'ammontare della condanna, si ha anche nelle azioni *in bonum et aequum conceptae* ("rivolte a ciò che è opportuno e giusto"), in cui la *condemnatio* consente al giudice di fissare la condanna secondo giustizia e opportunità.

Molti sono i giudizi di buona fede, anzitutto quelli che derivano dai contratti consensuali. L'elenco sarà poi incrementato nelle Istituzioni di Giustiniano.

[di stretto diritto.] Alle azioni di buona fede si contrappongono, con terminologia forse non classica, quelle di stretto diritto (*stricti iuris*): azioni *in personam* in cui il rapporto è valutato con stretto rigore. Al giudice non è concessa la discrezionalità.

[specie di azioni pretorie: in factum] Tra le azioni pretorie il nucleo principale è costituito dalle azioni *in factum*. Non vi è alcun riferimento a un obbligo nascente dal diritto civile (un *oportere*), ma il giudice dovrà condannare o assolvere in base alla sussistenza di dati di fatto. Per questa via il pretore persegue la modifica dell'ordinamento, tutelando situazioni che altrimenti non avrebbero avuto riconoscimento. Talora, come nel caso del deposito, alla primitiva formula *in factum* si affianca una formula *in ius* essendosi ravvisato, in via interpretativa, un obbligo giuridico nel dovere del depositario.

Caratteristica di questo genere di azioni sarebbe l'*intentio in factum*, identificandosi la pretesa con l'esposizione di dati di fatto.

[fittizie] Azioni pretorie sono ancora quelle in cui il magistrato utilizza il già noto strumento della *fictio* (*actiones ficticiae*) ricalcando l'azione onoraria su quella civile e fingendo l'esistenza di un presupposto.

[con trasposizione di soggetti] Un altro genere di azioni pretorie è dato da quelle "con trasposizione di soggetti", che consentono la condanna a favore di o contro soggetti non legittimati dal diritto civile. Come attore o convenuto si indica una persona, e nella *condemnatio* una persona diversa a cui favore o contro cui opera la condanna. Si trovano esempi nell'*actio Rutiliana* (§ 11) e nelle vedute azioni adietti-

zie (cap. II § 2). In questo modo si realizza anche la rappresentanza processuale.

[(rappresentanza processuale)] La parte può infatti stare in giudizio anche tramite altri. A questo servono nel regime formulare – nel sistema delle *legis actiones* questo era consentito solo eccezionalmente: Gai. 4.82; I. 4.10 pr. – il *cognitor* e il *procurator*, generale (*omnium bonorum*) o specifico per la lite (*ad litem*), di cui sopravvive in diritto giustiniano solo la figura del *procurator* (vedi cap. IV § 2).

Notiamo le differenze: il *cognitor* va nominato solennemente con dichiarazione diretta all'avversario, attore o convenuto (“poiché chiedo un fondo [o “mi chiedi un fondo”], in rapporto a ciò ti do come *cognitor* L. Tizio”: Gai. 4.83), il *procurator* informalmente, e anche senza che l'avversario sia presente o a conoscenza, sulla base del semplice mandato (Gai. 4.84); la *litis contestatio* del *cognitor* dell'attore ha effetti preclusivi, diversamente da quella del *procurator*, a cui pertanto si chiedono garanzie (*cautiones*) riguardo alla non riproposizione della causa e all'adempimento del disposto della condanna.

Attraverso *cognitor* e *procurator* si realizza appunto una formula “con trasposizione di soggetti”, con condanna pronunciata ai danni o a favore del rappresentante, il che permette anche di realizzare la trasmissione del credito (cap. VI § 24).

[utili] Nelle fonti compare anche la tipologia delle “*actiones utiles*”. Si è peraltro notato che questa terminologia non fa riferimento al mezzo, ma al risultato, onde la categoria non avrebbe un'autonoma rilevanza, mancando uno specifico strumento formulare. Può senz'altro genericamente indicare le azioni pretorie di adattamento appena viste, ma il termine di *actio utilis* sta anche ad indicare specificamente quelle azioni costruite sul modello di azioni previste per casi analoghi, senza finzione o trasposizione (*actiones ad exemplum*).

[popolari] Furono infine introdotte dal pretore numerose azioni “popolari”, azioni penali date al singolo cittadino per la tutela di un interesse pubblico. La condanna è a favore dell'attore che a volte può essere tenuto a trasferire la somma, in tutto o in parte, alla collettività.

[temporanee.] Alla giurisdizione pretoria si collega la nozione di *actio temporalis* (temporanea), avente durata limitata nel tempo.

Diversamente dalle azioni concesse sulla base di leggi o senatoconsulti, che hanno in diritto classico durata illimitata (*actiones perpetuae*), le azioni introdotte dal pretore e dagli edili sovente, anche se non sempre, si estinguono se non fatte valere entro un dato termine (un anno per le più rilevanti, le azioni penali pretorie).

10. Interventi pretòri

Oltre ad intervenire nei modi veduti sullo svolgimento processuale, il pretore provvede in via straordinaria alla tutela di situazioni giuridiche, avvalendosi del suo potere di comando (*imperium*). In questo modo può, a seconda dei casi, essere fornita tutela alla parte senza necessariamente instaurare un processo o arrivare a sentenza, così come può essere assicurato e garantito lo svolgimento del processo stesso.

Gli strumenti a disposizione del magistrato, mezzi complementari della procedura, sono gli *interdicta*, le *stipulationes praetoriae*, le *restitutiones in integrum*, le *missiones in possessionem*.

[interdetti:] L'interdetto (*interdictum*) è un comando del magistrato emanato per chiudere con rapidità una controversia.

È messo in moto dal ricorso di una parte che pretende dall'altra un certo comportamento. Il pretore, sulla base di quanto allegato, emana un comando ipotetico con cui ordina di fare o non fare qualcosa. Se il destinatario ottempera all'ordine, lo scopo di sedare la lite è raggiunto; in caso contrario si innesta un procedimento che arriverà alla decisione del giudice.

Si tratta quindi di un provvedimento di urgenza al fine di evitare pregiudizio a una situazione che va affrontata rapidamente. Questo comporta che non si indaga, se non in via sommaria, sulla fondatezza della richiesta. Il pretore deve soltanto accertare se la fattispecie per cui fu fatta istanza rientra tra quelle previste nell'editto. Si può quindi, con nostra terminologia, parlare di “provvedimenti ingiuntivi d'urgenza”.

Essi furono particolarmente utilizzati, come si vedrà (cap. V § 15), nelle controversie relative al possesso, ed è appunto probabile che abbiano avuto origine dall'esigenza di tutelare i possessori di terre dello Stato che, come tali, non avevano un diritto da far valere.

Nella sua forma tipica e originaria l'interdetto è un divieto, ma è possibile anche un interdetto che ordini di fare qualcosa. In questo caso si parla più specificamente di *decretum*.

[proibitori, restitutori, esibitori] Sulla base del contenuto negativo o positivo dell'interdetto si ha la distinzione fondamentale tra interdetti proibitori, restitutori, esibitori.

I primi vietano di fare qualcosa (vedi comunque cap. V § 15), ad esempio di disturbare chi è nel godimento di una cosa, i secondi impongono la restituzione di qualcosa o il ripristino di una situazione anteriore, gli ultimi ordinano l'esibizione di un documento o di una persona.

[semplici, duplici.] Generalmente l'ordine è rivolto a una sola delle parti, ma non è questa regola assoluta. Si distingue allora tra interdetti semplici e duplici. I primi sono quelli in cui l'intimazione è rivolta a una sola parte, duplici quelli in cui l'ordine è rivolto a entrambe.

L'interdetto raggiunge il suo scopo, e quindi si chiude la controversia, se colui contro il quale è stato emanato il provvedimento ottempera all'ordine. Ma l'intimato, nonostante l'intromissione pretoria, può contestare la fondatezza dell'interdetto che, ricordiamo, è stato emanato su una verifica sommaria dei presupposti di fatto.

[procedura interdittale: mediante sponsio] La non ottemperanza dell'intimato provoca l'instaurazione di un processo onde accertare i fatti posti a fondamento dell'interdetto.

La procedura utilizzabile in ogni caso è quella *per sponsionem*, che utilizza il meccanismo ricorrente della scommessa. Il convenuto provocato dall'attore, fa promessa solenne (*sponsio*) di pagargli una somma se vi siano i presupposti dell'interdetto,

e l'attore promette al convenuto per l'ipotesi inversa. Sulla base di questa promessa scatta il processo da cui scaturirà l'accertamento della situazione.

Se vincitore nel giudizio sorto dalla promessa, l'attore potrà poi far valere in un secondo giudizio (*secutorium*, "che segue") la pretesa principale.

[mediante formula arbitraria.] Questa procedura comporta quindi una penale, evitabile però, negli interdetti esibitori e restitutori, attraverso la richiesta della "formula arbitraria".

In questi casi l'intimato, prima di uscire dal tribunale, poteva chiedere la nomina di un arbitro che stabiliva se e che cosa dovesse essere fatto; se egli poi non eseguiva l'eventuale disposto che imponeva l'esibizione o la restituzione subiva una condanna pecuniaria sulla base della valutazione discrezionale fatta dal giudice.

[stipulazioni pretorie] Le stipulazioni pretorie sono promesse solenni (si utilizza la forma verbale della *stipulatio*) imposte dal pretore per garantire l'adempimento di un obbligo per cui non esiste o non è sufficiente la sanzione, o per garantire la prosecuzione di un procedimento.

Si chiamano anche cauzioni (*cautiones*), in quanto hanno una funzione di garanzia, e possono essere ulteriormente rafforzate da garanti (*satisfactiones*).

Contro l'inadempiente potrà essere fatta valere l'azione in forza della promessa fatta mediante stipulazione. L'istituto ha così forza di mezzo di pressione per ottenere il comportamento voluto.

A sua volta la prestazione della promessa può essere indotta da mezzi coattivi: tali sono il diniego dell'azione (*denegatio actionis*), la concessione della nota *actio ficticia* all'avversario, come se la promessa fosse stata fatta, e l'altro mezzo pretorio, che vedremo, della *missio in possessionem*.

[restitutio in integrum] La *restitutio in integrum* è volta a ristabilire una precedente situazione. Non è tanto uno specifico strumento quanto una finalità dell'operare magistratuale, raggiungibile con più mezzi.

Tramite la *restitutio* si compone, nel senso voluto dal pretore, il contrasto tra il diritto civile e l'equità, dopo che si sono prodotti gli effetti di un negozio valido *iure civili*. L'eccezione, al contrario, li previene.

La *restitutio* si ha ad esempio per il negozio concluso a seguito di violenza, ovvero dal minore di venticinque anni, per cui ad altri eventuali mezzi di tutela pretoria si affianca il ripristino della situazione giuridica anteriore.

Il rimedio opera anche all'interno di un procedimento. Si può avere *restitutio* vuoi a favore del convenuto, come nel caso che questi non abbia inserito tempestivamente un'eccezione, vuoi a favore dell'attore, come nella ricordata eventualità di richiesta eccessiva di condanna. Le ipotesi di concessione di *restitutio* erano previste dall'editto, senza escludere un intervento estemporaneo.

Per il ripristino della situazione anteriore è in teoria possibile un apposito provvedimento (*decretum*): in caso di inosservanza, il pretore concederà al beneficiato dalla *restitutio* un apposito giudizio per la reintegrazione. Di fatto, avvenendo la richiesta di *in integrum restitutio* generalmente nell'ambito del processo, si ricorrerà, a seconda dei casi, o all'*actio ficticia*, che fingerà non verificato il fatto che per diritto civile avrebbe estinto il diritto, ovvero a un'eccezione.

[missio in bona, in possessionem] Da ultimo, la *missio in bona* o *in possessionem* rappresenta il più forte mezzo di coazione, tanto da rafforzare anche altri strumenti pretori.

Il magistrato, con decreto su istanza di parte e dopo eventuale contraddittorio, dispone la immissione nella disponibilità dei beni o di un singolo bene appartenenti ad altro soggetto a vantaggio dell'istante.

Lo scopo della *missio* è prevalentemente coattivo, di forzare cioè la parte a tenere un comportamento. Viene minacciata, come sappiamo, a chi tenga un contegno passivo nell'instaurazione o nella prosecuzione del processo (*indefensus*), a chi non concluda una stipulazione pretoria, ma ha il suo più significativo campo di applicazione, lo vedremo ora, nella realizzazione dell'esecuzione patrimoniale.

11. Le procedure esecutive

[actio iudicati] Per l'esecuzione è predisposta nel processo formulare, in coerenza con la tipicità delle azioni, ognuna delle quali persegue una funzione specifica, un'apposita *actio iudicati*. Questa deve portare alla realizzazione della sentenza di condanna, che stabilisce a carico del soccombente l'obbligo di pagare una somma di denaro.

L'*actio iudicati* può essere esperita trascorsi trenta giorni dalla condanna. Era già questo il termine (*dies iusti*) fissato dalle XII tavole per l'esercizio della *manus iniectio*. In pratica serve al debitore per trovare la somma necessaria.

Se dunque, trascorso il termine, il debitore non ha adempiuto, si procede con la solita *in ius vocatio*. Il debitore convenuto ha allora due possibilità: o ammettere l'esistenza del debito da giudicato ovvero negarla (ad esempio, sostenendo che aveva già pagato). In questo caso però la posta aumenta. L'*actio iudicati* infatti fa parte delle azioni miste, per cui la negazione comporta, in caso di soccombenza, il raddoppio del valore della lite. Se il convenuto uscirà vincitore da questo giudizio eviterà il pagamento della somma dedotta nell'*actio iudicati*, altrimenti sarà condannato al doppio.

Contro chi ha riconosciuto il debito ovvero è stato condannato nel secondo giudizio si apre la procedura esecutiva che può essere sulla persona o sul patrimonio.

[esecuzione personale] Il meccanismo esecutivo delle *legis actiones* si accompagna al processo formulare fino alla *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Fu teoricamente infatti possibile, fino a quel provvedimento abrogativo delle *legis actiones*, l'utilizzazione della *manus iniectio*, con le mitigazioni introdotte dalla *lex Vallia* (§ 4), la quale peraltro non si estendeva al credito derivante da giudicato.

Tale *manus iniectio*, all'epoca del processo formulare, ha perduto l'iniziale carattere. Scomparse la messa a morte e la riduzione in schiavitù, ora il creditore conduce il debitore nella propria abitazione facendolo lavorare al proprio servizio a compensazione del debito, anche con lo scopo, attraverso la privazione della libertà personale, di esercitare una coazione all'adempimento su chi è moralmente in dovere di soccorrerlo.

In questa forma grandemente mitigata, l'esecuzione personale sopravvive lungo tutto l'arco del processo formulare, anche dopo l'abrogazione delle *legis actiones*, pur riducendosi a un ambito sempre più marginale, laddove non apparisse in nessun modo possibile, per il creditore, una soddisfazione patrimoniale.

[esecuzione patrimoniale:] E del resto lo scopo di reintegrazione patrimoniale viene a prevalere di gran lunga sugli scopi afflittivi e di vendetta che sono in qualche modo sottesi all'esecuzione personale. Talora per il creditore la scelta dell'esecuzione patrimoniale è comunque obbligata, come nel caso di chi si nasconde fraudolentemente o risulti assente al processo. In questi casi è obbligatorio partire dal mezzo della *missio in bona*, che avvia l'esecuzione sui beni.

[bonorum venditio] La tipica forma di esecuzione patrimoniale del periodo formulare è la *bonorum venditio*. Ha inizio con la *missio in bona*, con cui l'attore viene immesso nel patrimonio del condannato a scopo conservativo (ed anche, sotto il profilo della minaccia, coattivo, giacché il debitore può pagare fino alla vendita).

La fase successiva pubblicizza, nelle forme previste dall'editto (*proscriptio bonorum*), l'evento, onde consentire a tutti gli eventuali creditori di venire a conoscenza della procedura esecutiva.

Gli aventi titolo per partecipare all'esecuzione hanno trenta giorni di tempo per inserirsi, dopodiché un *magister* nominato dai creditori procedere alla vendita entro i successivi trenta giorni.

Le forme sono quelle di una vendita all'asta, in cui i beni del debitore sono aggiudicati (*addictio*, termine che fu ad indicare l'assoggettamento della persona) a chi abbia promesso di pagare i creditori nella percentuale più alta. La tutela interdittale gli assicura la presa di possesso dei beni.

[(successione nei crediti e nei debiti)] L'acquirente (*bonorum emptor*) succede in blocco in tutti i rapporti, attivi e passivi, che facevano capo al debitore. Si ha qui un caso di successione tra vivi, di introduzione pretoria. Di conseguenza egli, con l'acquisto, subentra nei diritti e negli obblighi del predecessore.

Perché questi siano fatti valere a suo favore e contro di lui è necessario però l'intervento di certi meccanismi, dal momento che la *bonorum venditio* è mezzo pretorio e quindi, sotto il profilo civilistico, creditore o debitore continua ad essere l'espropriato.

Al *bonorum emptor* vengono allora date due azioni pretorie per far valere i crediti che sarebbero stati dell'espropriato. Se l'espropriato è in vita, ha l'*actio Rutiliana*. È questa una formula "con trasposizione di soggetti". Nell'*intentio* viene indicato il nome del debitore, e nella *condemnatio* il nome dell'acquirente.

Se l'espropriato è morto, si ha l'*actio Serviana*, azione *ficticia*, in cui si finge che l'acquirente sia erede dell'espropriato. In entrambi i casi si dovrà tener conto dei crediti vantati dai terzi.

Opportunamente adattate le azioni Rutiliana e Serviana dovevano servire ai creditori contro il *bonorum emptor*.

Per quanto riguarda l'espropriato, egli, oltre alla privazione del patrimonio, deve sopportare l'infamia conseguente alla vendita dei beni. Egli non ha più azioni per i rapporti insorti precedentemente e, per la parte dei crediti non soddisfatti, rispon-

derà ai creditori anche con gli acquisti futuri.

Contro atti di disposizione compiuti dal debitore per diminuire il patrimonio a detrimento dei creditori, il pretore dava i rimedi dell'*interdictum (fraudatorium)* con cui, dati certi presupposti soggettivi e oggettivi, si ordinava all'acquirente di restituire il bene alienato, e della *restitutio in integrum*.

[*cessio bonorum*] Alla procedura della *bonorum venditio* si affiancò, a partire dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*, un sistema meno gravoso per il debitore, in quanto non comportava né l'umiliazione dell'esecuzione personale né l'infamia susseguente alla vendita dei beni.

Può beneficiarne il debitore che, nonostante l'accaduto, appaia senza colpe particolari (*sine vitio*).

Egli può ottenere dal pretore di farsi da parte rinunciando ai suoi beni (*cessio bonorum*) a favore dei creditori. In sostanza abbandonando il campo spontaneamente fa sì che la procedura della vendita dei beni non identifichi il soggetto contro cui è diretta, salvandogli la reputazione.

[*bonorum distractio*.] Per casi particolari venne poi introdotta, prima dal pretore poi da un senatoconsulto, la procedura della *bonorum distractio*.

Il campo di applicazione concerne gli incapaci senza rappresentante (come l'impubere erede) e gli appartenenti a famiglie senatorie, categorie ritenute, per ragioni diverse, meritevoli di comprensione. Nel caso si nomina un curatore al fine di una vendita dei beni non in blocco a un singolo acquirente, ma singolarmente, alla spicciolata (*bonorum distractio*), fino al concorso delle pretese ereditarie. Di conseguenza viene anche evitata l'infamia.

La *distractio* va a vantaggio del debitore anche perché la vendita frammentata consente di adeguare il sacrificio patrimoniale alle reali e comprovate esigenze dei creditori senza un esproprio magari sproporzionato al passivo, consentendo contemporaneamente ai creditori di avvalersi di una vendita alla spicciolata che consente di realizzare un utile maggiore rispetto alla vendita in blocco. Per questo motivo la *bonorum distractio* finirà in seguito col divenire, al di là dei suoi originari limiti di applicazione, per volontaria scelta dei creditori, il modello dell'esecuzione patrimoniale.

12. L'avvento della *cognitio extra ordinem*

Mentre il processo *per formulas* prevale definitivamente su quello *per legis actiones* (la *lex Iulia iudiciorum privatorum* ne sancisce anche di diritto la scomparsa) si affermano nuove forme di processo destinate a loro volta a soppiantare il sistema formulare.

Si tratta di procedimenti, uniti da comuni elementi di differenziazione rispetto al passato, per i quali invalse dal secolo XIX la terminologia unificante di *cognitio extra ordinem* che significa appunto giudizio al di fuori del precedente sistema (*ordo*).

Loro caratteristica fondamentale è che le questioni si svolgono dall'inizio alla fine davanti al magistrato, che decide la causa direttamente o tramite delegato; così

che le parti non intervengono sulla scelta del giudice.

[varietà di *cognitiones*] Questi processi non sorgono in modo unitario, ma nascono in momenti e per finalità diverse, dando poi luogo ad una procedura generalizzata che si affermerà definitivamente nel IV secolo d.C.

Per le origini si preferisce parlare di *cognitiones*, cioè di una pluralità di processi, e solo per il periodo più tardo, affermatisi regole comuni e instaurato un ordine giudiziario, di *cognitio extra ordinem*.

Il nuovo sistema è conseguenza del dilatarsi dell'attività degli organi che amministrano la giustizia, che avocano a sé quelle attribuzioni che nell'*ordo* furono delle parti e del giudice. In termini generali, la sua origine può essere fatta dipendere dal prevalere, con modalità diverse, di una concezione statuale del processo sulla precedente impostazione ampiamente debitrice a schemi privatistici.

[genesi:] Ma allorché si vuole in modo più specifico indagare sulla genesi dell'istituto, nascono le difficoltà, in parte accantonabili con il riscontro della pluralità e varietà delle *cognitiones*, determinate da istanze diverse.

[evoluzione del sistema] A questo proposito si è osservato che già nel sistema formulare il magistrato prendeva iniziative, tendendo a risolvere, seppur non nelle forme della sentenza, la questione da un punto di vista sostanziale.

Sarebbe già attività di *cognitio* il dare o negare l'azione, come l'intervenire con i mezzi complementari alla procedura (interdetti, *restitutiones in integrum*). La *cognitio extra ordinem* potrebbe essere per certi versi la manifestazione, sotto nuove specie, di una tendenza dei magistrati a risolvere direttamente le liti.

[esperienze provinciali] Un'altra realtà che può essere messa in collegamento con la nuova procedura è data dall'esperienza delle province. In queste prosperano forme diverse di giurisdizione attraverso cui il governatore tratta la causa in modo unitario e autoritativo. Nella provincia d'Egitto, ad esempio, il procedimento in uso ha questo carattere, mentre il processo formulare non risulta applicato. Per via provinciale, questa nuova procedura poté sovrapporsi all'*ordo*.

[giurisdizione imperiale.] Infine, un punto fermo è dato dalla correlazione tra l'assetto politico-costituzionale e la nuova procedura. Tra le varie attribuzioni il *princeps* ha quella di decidere le cause. La sua *auctoritas* lo solleva al di sopra della costituzione repubblicana consentendogli non solo di legiferare ma di risolvere le questioni anche in sede giurisdizionale.

Più specificamente si può ritrovare il fondamento dell'imperatore giudice nell'*imperium proconsulare*, anche se è ormai la posizione straordinaria che l'imperatore assume nel nuovo assetto politico (cap. I § 4) a legittimare il suo intervento nell'ambito processuale. Limitatamente all'appello, tuttavia, un riconoscimento specifico del potere di giudicare sarebbe già venuto – lo si sostiene sulla base di Dione Cassio 51.19.7 – ad Ottaviano nel 30 a.C.

Per certo Augusto e i successori, così come legiferano, giudicano. Soprattutto in grado d'appello, dapprima contro sentenze non pronunciate in processi formulari, poi anche in questi casi; in un secondo tempo, anche in primo grado.

[*cognitiones*] Alla giustizia amministrata direttamente nelle forme nuove dal *princeps* si affianca l'istituzione di apposite *cognitiones* per particolari materie.

Ad Augusto si deve l'introduzione di una giurisdizione stabile su questioni relative ai fedecommissi, demandata dapprima ai consoli, poi a un pretore istituito al proposito. Fu questo il primo caso di istituzione a Roma di un processo tra privati che non si svolgeva né secondo le azioni di legge, né secondo le formule.

Sempre sotto Augusto fu devoluta ai prefetti dell'erario la competenza a giudicare su questioni riguardanti i lasciti che, in base alle leggi *Iulia* e *Papia*, non potevano essere acquistati da celibi od *orbi* (capp. II § 10; VII § 2).

Successivamente vi fu l'istituzione di altre procedure speciali: per l'esonero dalla tutela, per gli onorari dei professionisti, per gli alimenti, e così via. Si delineano in tal modo materie in relazione alle quali organi con precise competenze decidono in forme che sfuggono al processo ordinario.

L'iniziativa imperiale ci mostra così, direttamente o indirettamente, in situazioni rimesse al principe o in materie particolari, chiari esempi di *cognitio extra ordinem*.

Al definitivo affermarsi di questa forma di processo, peraltro in linea col nuovo assetto politico del principato giacché con esso si realizza una maggior ingerenza del potere pubblico, dovettero contribuire, in misura non facilmente determinabile, anche le cause prima ricordate.

È infatti possibile una contestuale tendenza del magistrato ad espropriare, in talune situazioni, le parti e i giudici delle loro prerogative, anche all'interno del sistema ordinario. D'altro canto le particolarità provinciali portavano a sistemi speciali o ibridi rendendo il processo *per formulas* sempre più esclusivo di una dimensione territoriale legata a Roma e all'Italia.

[**la *cognitio* come modello unitario**] Comunque, quale che fosse la loro origine (nel nuovo assetto politico, nella particolarità dell'esperienza provinciale, nelle interne deviazioni del sistema dell'*ordo*), l'evoluzione porta le varie *cognitiones* sotto un modello unitario, in alternativa col preesistente sistema formulare.

L'epilogo è scontato. Nel II secolo d.C. il processo formulare è in declino nelle province. Ancora vivo all'epoca di Diocleziano, successivamente cade in rapida crisi. Nel 342 d.C. una costituzione di Costanzo e Costante (C. 2.57[58].1) l'abolisce anche formalmente. La motivazione è che le formule sono tranelli. Il formalismo, cui Gaio imputava il venir meno delle *legis actiones*, è ancora invocato come causa del venir meno di un sistema processuale. Si imputa di nuovo alla forma di usar violenza alla sostanza ed è questa la motivazione di una decisione che trova invece la spiegazione nella incompatibilità fra il nuovo assetto politico assolutistico e gli elementi privatistico-contrattualistici dell'antico sistema.

Rimasta vincitrice sul campo dal IV secolo d.C., la *cognitio*, che si era presentata come prassi multiforme, negativamente individuata nella sua estraneità al precedente sistema, si lascia ora scomporre nelle sue caratteristiche definitive.

13. Caratteri del processo ultimo

La *cognitio* si presenta come istituto sostanzialmente unitario nel periodo post-classico e giustiniano. Cercheremo di cogliere le linee essenziali con riferimento

soprattutto al periodo ultimo.

[la nuova ideologia] Sullo sfondo sta una struttura politica assolutista che rivendica come esclusivo dello Stato tutto quanto attiene alla giurisdizione e concepisce le modalità del suo esercizio in termini autoritativi ed impositivi.

Mentre l'autonomia delle parti è coartata, affiora la volontà di realizzare nello svolgimento del processo un ideale astratto di giustizia.

L'idea di imparzialità, solennemente perseguita, si scontra tuttavia con la realtà di un sistema corrotto e vessatorio, con procedimenti costosi e defatiganti, con le difficoltà di recarsi in giudizio e la lunghezza dei processi.

La struttura del processo è imperniata sull'unitarietà del procedimento. La divisione tra fase *in iure* e *apud iudicem* è scomparsa. Chi amministra la giustizia segue il processo dall'inizio alla fine e ha in mano gli strumenti per garantirne lo svolgimento, togliendo agli interessati buona parte dell'iniziativa.

[ruolo del giudice] La funzione del magistrato-giudice è ormai quella di un funzionario inserito in un sistema burocratico che vede al vertice della gerarchia l'imperatore. Gli organi preposti alla giurisdizione coincidono generalmente, in assenza del principio della divisione dei poteri, con quelli a capo delle circoscrizioni territoriali o di settori dell'amministrazione.

Il giudice ha vasti poteri nella conduzione del processo, ed ha ai propri ordini degli ausiliari che con la forza impongono le sue disposizioni. All'antica autotutela si sostituisce la coazione del potere pubblico.

I poteri della nuova figura di giudice aumentano, ma nel contempo gli viene tolta ogni discrezionalità in ordine alla concessione dell'azione e si comprime la sua autonomia decisionale.

La discrezionalità di valutazione, che pure aveva segnato taluni aspetti delle originarie *cognitiones*, lascia il posto a una funzione sostanzialmente applicativa. Il giudice del processo formulare poteva fondare la sua sentenza sulla continua elaborazione della giurisprudenza e sulla forza di adattamento dell'equità. Ora, se da un lato il giudice funzionario non osa discostarsi dalle decisioni imperiali, dall'altro il cristallizzarsi dei *iura* e poi l'automatico schematismo della legge delle citazioni gli impongono soluzioni obbligate.

Con Giustiniano il sistema viene ridisegnato attraverso la risistemazione dell'ordinamento e il nuovo criterio di valutazione dei *iura*. Il giudice però è ormai soggetto alla "legge". Il titolo 4.17 delle Istituzioni di Giustiniano, dedicato all'ufficio del giudice, si apre con l'avvertimento di applicare le leggi, le costituzioni, i costumi. Più tardi, nelle Novelle (82.13), gli si impone semplicemente di seguire e applicare la legge, sostanzialmente identificata, nella concezione ultima, con la volontà imperiale.

[le prove] Il controllo sull'attività del giudice si riflette anche nell'irrigidimento dei meccanismi probatori. Questo settore, per la scarsa attenzione ad esso prestata dai giuristi, legato com'era alla fase *apud iudicem*, ora viene assoggettato a regole. Si definiscono i criteri sull'onere della prova, per cui i fatti debbono essere provati da coloro che, per pretendere o difendersi, ne hanno interesse. Tra le prove si stabilisce una gerarchia che privilegia, conformemente al generale indirizzo degli atti giu-

ridici e la nuova impostazione del processo, basato su formalità scritte, la prova documentale rispetto a quella testimoniale. Si fissa la regola per cui un solo testimone è come nessun testimone (*unus testis, nullus testis*), e si vincola la valutazione del giudice attraverso le prove “legali”.

Sono tali il riconoscimento fatto dal convenuto della pretesa attrice (*confessio*), che non determina, come in precedenza, un giudicato, ma è ora solo un vincente mezzo probatorio, e le presunzioni, cioè le conseguenze che si traggono da un fatto noto per arrivare a uno ignoto, che compaiono nella forma che ammette però prova contraria (*praesumptio iuris tantum*).

Del resto il giudice non deve limitarsi esclusivamente alla valutazione delle prove che gli vengono sottoposte dalle parti, ma può prendere l'iniziativa al fine di pervenire a una decisione secondo giustizia. Nelle fonti si parla anzi di obbligo di *inquisitio* che si attua attraverso interrogatori (è esperibile la tortura dei servi) e indagini d'ufficio.

[la sentenza] Dietro alla sentenza ora sta l'autorità del potere pubblico. Non è più l'originario “parere” di un arbitro cui le parti si sono sottomesse, ma il comando di un magistrato il cui rispetto è direttamente assicurato dallo Stato senza necessità di autotutela o interventi indiretti. Non vi è più, come nel sistema formulare, un ineludibile collegamento tra sentenza e domanda attrice, espressa nella formula, per cui il giudice allorché condanna o assolve è strettamente vincolato al contenuto della richiesta.

Il giudice ha ora sotto questo profilo un margine di discrezionalità, non dipendendo più la sua decisione dal tenore di una formula rispetto alla quale non può essere deciso né di più né di meno. La condanna del convenuto può essere quindi parziale, essendo d'altra parte possibile arrivare anche a una condanna dell'attore.

La sentenza deve essere redatta per iscritto e letta alle parti. La decisione viene accompagnata dalla motivazione. Diversamente dal processo formulare, la condanna non consiste necessariamente nell'obbligo di corrispondere una somma di denaro. La condanna può imporre al convenuto un comportamento specifico, come a restituire una cosa o a eseguire una qualunque prestazione. Per quanto possibile deve realizzare il soddisfacimento della pretesa dell'attore, rendendosi tuttavia inevitabile la condanna pecuniaria ogni volta che il corretto adempimento appaia impossibile.

La lunghezza dei processi è uno dei grandi limiti del sistema burocratico della *cognitio*: per questo Giustiniano impone, per la pronuncia della sentenza, un termine di tre anni dal momento della fissazione, con la nuova *litis contestatio* (vedi più avanti), della materia del contendere.

[l'appello] Il sistema della *cognitio* è strettamente connesso all'appello, comparso subito come prerogativa dell'imperatore.

Al processo formulare quella caratteristica fu sconosciuta per il carattere arbitrario della decisione. Il *iudex* era un privato al cui parere, per comune scelta, le parti si sottomettevano. Nella *cognitio* il giudice viene imposto, ma, essendo il suo l'ufficio di un funzionario, è possibile un riesame da parte di chi lo sopravanza nell'ordine delle carriere.

I gradi possono essere fino a tre, ma dopo due sentenze sfavorevoli, come stabilì definitivamente Giustiniano, l'appello non è più consentito.

La pluralità dei gradi di appello porta comunque alla dilatazione dell'*iter* processuale. L'appello affronta il merito della decisione, ma non è necessario per accertare la nullità della sentenza, del resto rilevante, nonostante l'inesistenza di mezzi di impugnazione, anche per il processo formulare.

Esauriti tutti i rimedi, la sentenza passa in giudicato, ha l'effetto preclusivo che un tempo fu anche della *litis contestatio* e costituisce titolo per l'esecuzione.

Il processo da questione privata è divenuto affare che riguarda le prerogative dello Stato, che rivendica a sé il perseguimento di una astratta quanto improbabile giustizia.

[le liti temerarie] Si colpiscono decisamente le liti “temerarie”, che sono intentate in mala fede dall'attore, e la resistenza in mala fede del convenuto (*calumnia*). Giustiniano (I. 4.16 pr.) enuncia come dovere di chi ha cura del diritto la repressione della litigiosità temeraria. Tra gli altri rimedi l'attore deve giurare che non agisce in mala fede, e analogamente il convenuto deve giurare che replicherà solo con validi argomenti. Sono comminate, per il comportamento riprovevole, l'infamia, condanne pecuniarie e la sanzione del pagamento di danni e spese.

[le azioni] Nella *cognitio* resta ancora il linguaggio della procedura formulare, ma come spesso accade nel diritto, dietro identiche parole non stanno uguali realtà. È questo anzitutto il caso delle *actiones*.

[stemperamento della tipicità] Nella sintesi del diritto giustiniano le azioni compaiono apparentemente immutate, individuate singolarmente e classificate in categorie. Nella realtà la tipicità delle azioni, data dal collegamento con la struttura di ogni singola formula, si è perduta. Esiste, sopra tutto, una generale nozione di azione intesa come diritto di far valere in giudizio la pretesa, che si specifica poi in tipologie prevalentemente descrittive ovvero suscettibili di un'amplissima gamma di utilizzazioni, come l'*actio praescriptis verbis* (cap. IV § 3 in fine; VI § 14 in fine). Il tipo di azione, non rispecchiandosi più sulla formula, non influenza il processo e la decisione del giudice.

Il venir meno della tipicità e l'elaborazione di un concetto generale e astratto di azione isolano il diritto processuale. Questo non determina più, a differenza dell'esperienza formulare, la formazione del diritto sostanziale.

Restano ancora i diversi nomi delle azioni ad indicare il diritto da farsi valere nell'occasione, ma senza che ad esse si colleghino diverse conseguenze processuali.

[nuovi significati delle distinzioni] Le distinzioni dell'epoca precedente, un tempo legate a modi diversi di funzionamento del processo, sono ora ricordi storici o esteriori classificazioni. Mero ricordo del passato è la contrapposizione tra azioni civili e pretorie, vista la scomparsa dell'organo giurisdizionale e l'unificazione sostanziale tra i due ordinamenti. La distinzione tra azioni di stretto diritto e di buona fede perde significato per l'estensione dei criteri propri di queste ultime alla maggior parte dei giudizi. La peculiarità delle azioni arbitrarie sfuma in un sistema che consente al giudice di condannare in forma specifica.

Talora la classificazione opera su basi nuove.

Alle azioni temporanee, di origine pretoria, di durata annuale, si contrappongono ancora le azioni “perpetue”. La qualificazione però non indica più l'illimitata durata nel tempo, ma la soggezione ai normali termini di prescrizione introdotti da Teodosio II e poi da Giustiniano, per cui le azioni di regola si estinguono per il decorso di trenta anni o di quaranta se si tratta di beni delle chiese o venerabili luoghi.

Nella tripartizione delle azioni in reipersecutorie, penali e miste, quest'ultimo gruppo individua, probabilmente su una linea di pensiero dei giuristi classici, quelle dirette insieme alla *rei persecutio* e a una pena (da delitto, non solo da *infinitio* [§ 9]). Ne ripareremo a proposito dei delitti.

Nasce ulteriormente una nuova categoria di azioni, definite anch'esse “miste” (I. 4.6.20: “*mixtam causam*”). Sono le divisorie (per dividere l'eredità, per la divisione di cose comuni) e l'azione per regolamento di confini. Vengono ritenute miste, in quanto al tempo stesso reali e personali, perché in questi casi il giudice, oltre ad aggiudicare le cose, può condannare a un conguaglio (per una ulteriore specie di azione definita “mista” vedi cap. VI § 4 in fine).

[le eccezioni] La scomparsa della formula influisce sull'operatività della eccezione, l'arma a difesa del convenuto. Non più parte della formula, correlata alla richiesta dell'attore, la *exceptio* è semplicemente un mezzo di tutela processuale. Nata come strumento pretorio in rapporto a situazioni non adeguatamente tutelate dal *ius civile*, ha ormai, venuta meno quella motivazione storica, una generica funzione difensiva. Essa consiste in qualunque obiezione del convenuto alle pretese dell'attore. Formalmente meno rigorosa ne diventa l'ammissibilità (l'eccezione è consentita anche in appello) mentre alcuni dei fatti che un tempo dovevano essere opposti dal convenuto in via d'eccezione possono ora essere rilevabili d'ufficio.

Vengono attuate le conseguenze dell'eccezione dilatoria che un tempo faceva perdere all'attore la lite iniziata intempestivamente. Nel nuovo sistema l'eccezione provata non ha più come inevitabile conseguenza l'assoluzione del convenuto, ma può portare a una semplice diminuzione della sua condanna.

[evoluzione degli strumenti pretori] Il pretore, organo ridotto a funzioni marginali, sopravvive nella cristallizzazione del suo ordine giuridico.

Permangono le terminologie che furono dell'epoca classica, anche se ormai, nella nuova realtà del processo straordinario, stanno ad indicare cose nella sostanza diverse.

Procedimenti assimilabili per rapidità agli interdetti restano invero nel periodo postclassico. Ma in seguito Giustiniano, rilevato che sono scomparse le procedure che ad essi facevano capo, giacché tutti i giudizi sono ora *extra ordinem*, per cui viene meno la ragione della loro autonomia, nelle Istituzioni li fa coincidere con le azioni (I. 4.15.8).

L'azione assorbe in definitiva gli strumenti pretori. Tipico esempio è l'azione Pauliana o revocatoria che, nel diritto giustiniano, riassume, nel caso di alienazioni fraudolente del debitore, i vecchi rimedi dell'interdetto e della *restitutio in integrum*. Questa, a sua volta, è diventata un'azione di restituzione che, senza bisogno di ulteriori pronunce, il danneggiato può direttamente intentare.

14. I nuovi procedimenti

[citazione] La nuova rilevanza del potere pubblico nel processo civile si avverte sin dall'atto introduttivo del procedimento.

[*evocatio*] Già nel periodo delle *cognitiones* classiche era entrata in uso una chiamata in giudizio cui collaborava l'autorità (*evocatio*). [*litis denuntiatio*] Nel IV secolo è in vigore un mezzo in cui confluiscono l'iniziativa di parte e il potere del magistrato: la *litis denuntiatio*. L'attore redige una citazione scritta che invita la controparte a comparire in tribunale. L'atto, autorizzato dal giudice, va successivamente notificato e da quel momento decorrono i termini per la comparizione.

[*libellus conventionis*] La *litis denuntiatio* viene poi sostituita a partire dalla metà del V secolo dal *libellus conventionis*, forma introduttiva del processo ancora all'epoca di Giustiniano. L'atto scaturisce dall'iniziativa di un privato ma è ormai atto d'ufficio.

Il *libellus conventionis* è un documento scritto, redatto e firmato dall'attore, con cui questi espone la pretesa.

Il libello non è però indirizzato all'avversario, ma al giudice competente perché prenda l'iniziativa di convocare la controparte. Il giudice, se ritiene la richiesta degna di considerazione, ne decreta la notificazione al convenuto attraverso un ausiliario (*exsecutor*).

Il termine di comparizione è deciso dal giudice; esso è più breve nel sistema più recente (venti giorni con Giustiniano).

Il *libellus* deve contenere l'indicazione della pretesa attrice e gli argomenti vantati a favore. Dal suo contenuto si ricava se vi è una *pluris petitio*, che non ha peraltro la stessa conseguenza che aveva nel processo formulare soprattutto per gli interventi dell'imperatore Zenone (V secolo) prima e di Giustiniano poi. In particolare, se sia stata chiesta una cosa per un'altra, l'attore può rettificare la pretesa nel corso del giudizio; se abbia chiesto di meno, il giudice potrà condannare, nello stesso giudizio, anche al resto.

[*libellus contradictionis*] Il convenuto che non intenda cedere alla pretesa dell'attore risponde nei termini con il *libellus contradictionis* in cui confuta le pretese avversarie e fa valere il proprio punto di vista garantendo anche la comparizione in giudizio.

Senza idonee garanzie il convenuto che non appartenga a una classe elevata può essere trattenuto in carcere per tutta la durata della lite. È stridente il contrasto tra le generiche espressioni che anelano alla giustizia contenute nelle fonti e la realtà della sua amministrazione in termini autoritari e vessatori.

[*contumacia*] La comparizione del convenuto, e anche quella dell'attore, non sono tuttavia più necessarie allo svolgimento del processo.

Il sistema formulare, basato sull'accordo tra convenuto e attore sui termini della controversia, richiedeva la presenza di entrambe le parti, imposta anche attraverso mezzi di coazione che portavano, per inottemperanza, a situazione analoga alla condanna.

Ora al fondamento volontaristico si è sostituita la coazione del potere statale. La disobbedienza all'invito del potere pubblico non impedisce che si giunga in ogni

caso a una decisione autoritativa.

La mancata comparizione del convenuto dopo tre intimazioni dell'*exsecutor* non impedisce che il processo si svolga in sua assenza (processo contumaciale). Non necessariamente tuttavia ne conseguirà un giudizio di condanna, dovendo comunque l'attore provare la fondatezza del suo assunto.

La contumacia dell'attore comportava dapprima per lui la perdita della lite; nel diritto giustiniano delle Novelle (112.3) una complicata procedura consente di arrivare alla sentenza nel merito che può essergli anche, teoricamente, favorevole.

[litis contestatio] Venute di regola le parti davanti al giudice, il normale svolgimento prevede la contestazione della lite. L'antica espressione, che nella procedura formulare indicava l'accordo sui termini della questione da sottoporre al giudice e che comportava effetti preclusivi ed estintivi, resta con un significato principalmente descrittivo di un momento processuale, con effetti di carattere secondario.

La *litis contestatio* è ora la definizione attraverso la *narratio* dell'attore e la *contradictio* del convenuto dei termini della lite. Dicono le fonti (C. 3.1.14.4[1]) che si ha lite contestata dopo che l'attore ha esposto sinteticamente le sue ragioni (*narratio*) e il convenuto ha altrettanto sinteticamente annunciato le sue ragioni ed eccezioni (*contradictio*).

La scomparsa della divisione del processo in due fasi ne fa venir meno l'antica funzione centrale. Non ha più effetti estintivi e preclusivi. È al momento della pronuncia della sentenza che opera l'effetto estintivo in forza del giudicato, conseguenza non più collegata alla deduzione in giudizio.

Restano effetti conservativi, già presenti nel sistema formulare, come la decorrenza degli interessi, la trasmissibilità delle azioni penali, i termini per la pronuncia della sentenza. Ma ormai momenti chiave del processo sono la sentenza e l'inizio della lite, segnato dalla notifica del *libellus conventionis*, a cui fra l'altro ci si rifà per l'interruzione della prescrizione e i termini di comparizione.

L'attore, con l'enunciazione delle sue pretese e le connesse affermazioni a fondamento, e il convenuto, con le obiezioni, siano esse negazioni globali o invocazione di particolari circostanze, ormai riassunte nel generale termine di eccezioni, forniscono al giudice gli argomenti per la decisione.

Dopo la valutazione delle prove, si giunge alla sentenza che, una volta definitiva esaurito l'appello, aprirà la via alla procedura esecutiva.

[esecuzione:] La prassi del periodo presenta ancora una coesistenza fra esecuzione personale e patrimoniale.

[personale,] L'esecuzione personale, affievolitasi in precedenza, non sembra essere scomparsa; anzi, secondo alcuni, nell'epoca postclassica avrebbe ricevuto impulso dalla crisi economica e dall'imbarbarimento della società. È attuata mediante sanzioni corporali e il carcere pubblico, mentre vengono reiterate gride contro le carceri private. Dall'applicazione di questo sistema sono peraltro esentate varie categorie di persone (come i religiosi).

[patrimoniale.] L'esecuzione patrimoniale, normalmente utilizzata, prevede ora tre modi: in forma specifica (*in ipsam rem*), con esecuzione universale (attraverso i noti meccanismi della *bonorum distractio* e della *cessio bonorum*), e infine per esecu-

zione sui singoli beni (*pignus in causa iudicati captum*). È venuta meno invece la *bonorum venditio* che fu mezzo elettivo di esecuzione nel sistema formulare. Le Istituzioni di Giustiniano (3.12) ne registrano la scomparsa assieme ai giudizi ordinari.

[sulla cosa stessa] L'esecuzione sulla cosa stessa (*in ipsam rem*) è consentita dalla possibilità di una condanna in forma specifica, ove possibile, e non più, come nel processo formulare, in una somma di denaro quand'anche fosse oggetto della pretesa la restituzione o la consegna di un bene.

In questo caso, non ottemperando il condannato, gli *exsecutores* procedono con la forza a toglierli il bene e a trasferirlo all'attore.

Se la condanna nella cosa stessa non sia possibile o sia convertita in una somma di denaro, essa sarà nell'ammontare dell'interesse che l'attore aveva a quella prestazione (“*id quod interest*”). In questo caso, come in ogni altro in cui la condanna sia pecuniaria, si può procedere con esecuzione su tutti i beni o su singoli beni.

[su tutti i beni (*distractio bonorum, cessio bonorum*)] La prima forma è principalmente collegata all'esistenza di una pluralità di creditori e all'insufficienza dei beni del debitore. Scomparsa la *bonorum venditio* come esecuzione universale, il procedimento si svolge sostanzialmente nei modi della *distractio bonorum*, il cui esperimento ora rende infame il debitore.

Dopo l'immissione dei creditori nel possesso dei beni del debitore per un certo periodo, si procede mano a mano alla vendita dei beni su cui i creditori stessi si soddisfano proporzionalmente, con precedenza per i crediti privilegiati.

Il debitore ha ancora la possibilità di evitare l'infamia ricorrendo alla *cessio bonorum* con la quale, prima che i creditori si immettano nei beni, mette le sue sostanze a loro disposizione.

[su singoli beni (*pignus in causa iudicati captum*).] Il modo di esecuzione caratteristico nel periodo ultimo sembra però essere stato l'esecuzione su singoli beni, il cosiddetto *pignus in causa iudicati captum*. Questo sistema viene applicato nelle *cognitiones* a partire da Antonino Pio. Il suo schema prevede il pignoramento su ordine del magistrato, tramite i suoi delegati, di una o più cose, mobili o immobili, del debitore. In mancanza di riscatto, queste sono poste in vendita, andando a soddisfare il creditore per l'ammontare del dovuto, salva per il debitore l'eventuale eccedenza.

Il *pignus in causa iudicati captum* rappresenta così l'antecedente della espropriazione forzata, che opera su singoli beni, laddove la *bonorum distractio* (sulla scia della *bonorum venditio*) anticipa la procedura fallimentare che colpisce l'intero patrimonio.

Va ancora in generale sottolineato che tutte le attività esecutive sono ora soggette al controllo del giudice e la loro attuazione, un tempo rimessa alla parte interessata, è demandata ad appositi organi ausiliari ed alla forza pubblica.

CAPITOLO IV

SCHEMA DEL NEGOZIO GIURIDICO

1. Nozione ed elementi essenziali
2. Elementi accidentali
3. Invalidità

1. Nozione ed elementi essenziali

[nozione] I manuali di diritto privato romano dedicano, di regola, come corrispondenti opere di diritto positivo, parte della trattazione alla problematica del “negozio giuridico”. Tale impostazione, già criticata in rapporto allo stesso ordinamento vigente, si scontra con l'indubbia inesistenza di una esposizione completa e consapevole delle fonti romane.

Il negozio giuridico è in effetti costruzione dottrinale moderna, che nel codice tedesco del 1900 (ma non in quello italiano che si è ancora alla categoria ordinante del contratto) trova il suo sfogo normativo.

Occorre tuttavia chiedersi se la accertata estraneità implichi la conseguenza della totale rimozione.

La soluzione della dottrina romanistica è peraltro negativa: anche i critici del dogma del negozio, e di una sua funzione nel sistema socioeconomico, convergono sulla sua conservazione.

Esso si rivela uno schema generale e astratto su cui confrontarsi proficuamente, elemento di saldatura fra il diritto romano restituito alla sua storia e la sovrastruttura della tradizione romanistica (meno districabili di quanto si vorrebbe), fornendo una sorta di “grammatica elementare del diritto” la cui utilità per il discente può annullare i rischi di qualche falso storico.

Il negozio giuridico è il nocciolo di una più ampia classificazione, cui si arriva, attraverso la nozione intermedia dell'atto giuridico, partendo dalla più ampia categoria del fatto giuridico.

[fatto e atto] Fatto giuridico è ogni evento produttivo di effetti giuridici, dovuto alla natura (ad esempio incrementi fluviali, che conducono all'acquisto della proprietà: Gai. 2.70 ss.) o all'uomo. Se il fatto rileva in quanto prodotto di azione umana si parla di atto. (Vi sono anche casi in cui l'atto viene considerato dal diritto alla stregua di un mero fatto naturale: ad esempio l'immissione di semi su fondo altrui che ne determina l'acquisto al proprietario del terreno, come accadrebbe se fossero trasportati dal vento.) Ulteriormente rispetto all'atto il negozio si caratterizzerebbe per una volontà diretta anche allo scopo, onde si ha non solo volontà dell'atto, ma anche “volontà degli effetti”.

[atto lecito – atto illecito] Tra gli atti, una ulteriore distinzione va fatta tra atti leciti e atti illeciti. Si distinguono crimini, che violano un interesse pubblico, e delitti, che ledono la sfera privata. A questi appartengono il furto, la rapina, il danneggiamento e l'ingiuria, di fondamento essenzialmente civilistico, cui si affiancano figure di provenienza pretoria (*obligationes quasi ex delicto* [cap. VI § 22]).

[negozio] All'interno degli atti leciti, il negozio si caratterizza dunque come la manifestazione di volontà diretta a uno scopo tutelato dall'ordinamento.

Intravvisto dai romani, il negozio giuridico è peraltro, nella sua architettura, opera dei moderni, che ne identificano gli elementi: soggetti, volontà manifestata, forma, causa.

[a] soggetti Il soggetto o i soggetti che danno vita al negozio (unilaterale, bilaterale, plurilaterale a seconda del numero di parti – centri di interessi, non coincidenti

necessariamente con i soggetti, giacché una parte può constare di più soggetti – che lo attuano) devono essere, secondo la nostra terminologia, “capaci di agire”.

Come vedemmo, la tolgono o la limitano cause quali l'età, il sesso, le deficienze psicofisiche, una particolare condizione.

Talora l'incapacità è relativa: i sordi e i muti, tendenzialmente capaci, non possono compiere negozi per i quali bisogna pronunciare e udire parole solenni, come la stipulazione e il testamento (Gai. 3.105; Tit. Ulp. 20.13).

Talora al soggetto capace è vietato di disporre dell'oggetto del negozio: così per la legislazione augustea il marito non può alienare il fondo italico dotale, di cui è formalmente proprietario, senza il consenso della moglie (Gai. 2.63).

[b] volontà La volontà del soggetto si manifesta nella dichiarazione (talora anche in un comportamento non dichiarativo, come nella *pro herede gestio*). Non sempre la dichiarazione deve essere compiuta personalmente, potendosi utilizzare un intermediario, il *nuntius*, il cui compito è solo quello di comunicare la volontà del soggetto, onde si ritiene che quest'ultimo abbia concluso personalmente il negozio (confronta con Gai. 3.136 ove il messaggero viene accostato, per il suo carattere di mero tramite, ad una inanimata missiva).

[rappresentanza] Diverso è il caso della rappresentanza, per cui ad altri è affidata, dalla legge o dalla volontà del titolare, non solo la manifestazione della volontà, ma anche la sua stessa determinazione.

Si distingue ora fra rappresentanza diretta e indiretta, a seconda che gli effetti dell'atto compiuto dal rappresentante si producano direttamente nella sfera giuridica del rappresentato ovvero che il rappresentante divenga in proprio titolare di rapporti che successivamente, secondo il legame col rappresentato, sarà tenuto a trasferire.

L'esperienza romana ammette tendenzialmente la sola rappresentanza indiretta: ad esempio il tutore diviene di regola personalmente creditore o debitore per ogni negozio compiuto nella gestione, salva la regolamentazione di questi rapporti al termine della tutela; nel mandato chi opera dietro incarico si obbliga e acquista personalmente, salva la sistemazione attraverso l'*actio mandati*, per cui egli trasmetterà al mandante quanto acquistato, essendo quindi risarcito delle spese ed esonerato dagli obblighi attraverso le apposite azioni (cap. VI § 13).

Non si possono considerare esempi di rappresentanza diretta né le attività dei consociati in collettività o associazioni, in quanto strumenti necessari per il funzionamento di quelle, né i negozi conclusi dai *fili familias*, pur se preposti dal *pater* a un'attività per cui i terzi hanno contro il padre azione (*actiones adiecticiae qualitatis*) giacché i figli, privi a lungo di autonomia patrimoniale, sono strumenti, in forza del rapporto potestativo, del loro *pater familias*.

Principi fondamentali sui limiti dell'attività giuridica “per altri” sono in Gai. 2.95: “per mezzo di uomini liberi... in nessun caso possiamo acquistare [s'intende: direttamente]”; Gai. 3.103 (cfr. I. 3.19.4): “è inoltre inutile la stipulazione se stipuliamo che sia dato a colui al cui potere non siamo soggetti”.

[diretta] La regola è talora disattesa, seppur in situazioni affatto speciali. Secondo le XII tavole il curatore del furioso (e valeva identico principio per il tutore dell'im-

pubere) poteva alienarne i beni (Gai. 2.64): questa norma, più tardi ridimensionata, è giustificata dallo svolgimento da parte del curatore o tutore di una funzione sì protettiva dell'incapace ma nel più ampio interesse del gruppo agnatizio.

Stando alle fonti giustinianee, sarebbe stato ammesso fin da Settimio Severo (196 d.C.) che attraverso una persona libera estranea (in precedenza il solo *procurator* [amministratore]) si potesse acquistare il possesso (C. 7.32.1; I. 2.9.5). Ciò consentiva al titolare l'acquisto della proprietà sulla cosa, sussistendone le condizioni, mediante *traditio* o usucapione (cap. V §§ 8 e 7). La regola, che vale anche per l'acquisto di tutori e curatori, può discernere dalla particolarità del possesso che come relazione di fatto tollera meglio l'intermediazione.

[(processuale)] Esercita in diritto classico una rappresentanza diretta nel particolare ambito processuale il *cognitor* (vedi cap. III § 9) (e lo stesso dicasi per il tutore e il curatore). Infatti, in aggiunta agli effetti estintivi della *litis contestatio* operata dal *cognitor* dell'attore, fu ammesso che al titolare della causa e contro di lui spettasse l'*actio iudicati* conseguente alla causa trattata dal *cognitor*.

Rappresentante indiretto è invece il *procurator*, che tuttavia, se costituito dal titolare presente o con dichiarazione versata agli atti, verrà assimilato al *cognitor* (Frag. Vat. 317, di Ulpiano?), di cui scompare ogni traccia nel diritto giustiniano.

A partire dal III secolo d.C. la legislazione imperiale e la giurisprudenza appaiono introdurre ulteriori deroghe alla inoperatività della rappresentanza diretta (ad esempio per l'attività del *procurator omnium bonorum* [amministratore generale]), e infine Giustiniano dal canto suo stabilisce che, in caso di benessere del padre o di suo arricchimento, si possa agire, per i contratti conclusi dal figlio (nonché dallo schiavo), oltre che con le caratteristiche azioni *adiecticiae qualitatis* (cap. II § 2), anche con l'azione diretta “come se il contratto fosse stato concluso con lui stesso” (I. 4.7.8). Purtuttavia, nonostante sempre crescenti tendenze evolutive, l'ordinamento non riconobbe la generale categoria della rappresentanza diretta.

[c] forma La volontà del negozio si incarna nella forma, che è “il modo con cui le dichiarazioni negoziali si manifestano nella realtà esterna” (Talamanca).

La forma è presente in qualunque negozio, onde la distinzione tra negozi formali e non formali è fondata non sulla presenza o assenza di una forma, ma sulla necessità o meno di seguire una forma obbligatoria.

La scissione del contenuto dalla forma è, in antico e per gli atti principali, impossibile; la volontà viene riconosciuta soltanto se si estrinseca in forma determinata ed è tutt'uno con essa.

Il diritto antico, in particolare, vive di formule, di schemi preordinati, di solennità, la cui osservanza condiziona la sorte dell'atto negoziale o processuale. La forma “rende visibile l'invisibile” (Jhering), garantisce la continuità dell'ordinamento, assolve un compito didascalico, adempie una funzione di pubblicità e di certezza dei rapporti.

Il carattere formalistico del diritto comporta una povertà di strumenti, quella che fu definita economia dei mezzi giuridici. Ancora in diritto classico l'ordinamento si fonda principalmente sugli antichi schemi della mancipazione, cessione in tribunale e stipulazione (nel modo della *sponsio*), mezzi che, attraverso appositi adattamen-

ti, sono suscettibili di una vasta gamma di utilizzazioni.

[negozi formali] Esemplari sono i caratteri della mancipazione (Gai. 1.119 ss.). Essa si svolge davanti a cinque testimoni, alla presenza di un pesatore che regge una bilancia di bronzo. L'acquirente pronuncia una formula solenne, e percossa la bilancia col rame, lo dà alla controparte. Si tratta della riproduzione fittizia (*imaginaria*) di quello che fu scambio reale (vendita per contanti, in cui il rame assolveva la funzione di moneta [cap. V § 8]).

La mancipazione, “plastica e adattabile” (Schulz), serve, oltre che a trasferire la proprietà, a modificare lo *status* familiare delle persone (cap. II § 6), a costituire servitù, a disporre per testamento (su questi impieghi si vedano i capitoli seguenti).

La riproduzione fittizia, nella specie di un processo (la *legis actio sacramento in rem*), è anche nella *in iure cessio* (cessione in tribunale), in cui il cedente volontariamente soccombe al fine di fare acquistare la proprietà della cosa al cessionario (cap. V § 8). Questo meccanismo si adatta a scopi vari, come a costituire l'usufrutto, a liberare gli schiavi, ad adottare.

La stipulazione è un negozio fondato su solenne domanda e risposta (“prometti?” “prometto”). A parte i limiti formali, può essere avvicinata a un generico schema di contratto, in cui introdurre i contenuti voluti dalle parti (cap. VI §§ 6, 8).

Componenti fondamentali sono la parola o il gesto, o entrambi. Talora occorre di più; ad esempio nell'arrogazione, che comporta l'acquisto della patria potestà su un individuo giuridicamente autonomo (*sui iuris*), vengono convocati i comizi curiati, organo assembleare della *civitas*, presieduti dal pontefice massimo che interroga il popolo se voglia la nuova situazione potestativa. Questa forma, all'epoca di Gaio (1.99), è infine ridotta all'elemento simbolico dei littori, che rappresentano le curie (onde l'atto avviene *populi auctoritate* [“per autorità del popolo”]).

L'evoluzione che si compie in età classica è nel senso del riconoscimento di negozi a forma libera (come i contratti consensuali), mentre si afferma il documento scritto, seppur solo con intenti probatori.

Nel diritto ultimo, accanto alla scomparsa delle antiche forme negoziali, la cui valenza simbolica risulta dopo tanto tempo incomprensibile, si assiste al prevalere dello scritto. Nella *stipulatio*, già contratto verbale per eccellenza, lo schema domanda-risposta è superato dall'affermazione documentale (I. 3.19.17), rilevando non la forma orale, ma la presenza delle parti attestata nel documento (C. 8.37[38].14).

Si richiede ormai lo scritto per la compravendita (traslativa) di immobili, le donazioni superiori ai 500 solidi (I. 2.7.2), la costituzione di dote nei matrimoni di alto rango (Nov. 117). L'esigenza del documento va del resto messa in relazione con la necessità dell'*insinuatio*, l'inserimento nei pubblici registri (I. 2.7.2).

[d] causa Ulteriore elemento del negozio, si insegna, è la causa. Questa sarebbe il fine perseguito, la ragion d'essere oggettiva del negozio (ad esempio lo scambio di cosa contro prezzo nella compravendita), che non va confusa con i “motivi” individuali che determinano il soggetto all'atto.

[negozi causali e astratti] La nozione di causa può qui rilevare per questo, che in relazione ad essa si pone la rilevante distinzione tra negozi causali e astratti.

Nei primi (ad esempio compravendita, mutuo) il fine è essenziale all'atto ed è in

genere reso palese dal compimento del medesimo: una connotazione particolare ha la *traditio* (Cap. V § 8), negozio idoneo a sottendere diverse ragioni economico-sociali, e in sé non rivelatore della causa (potrebbe dirsi negozio a causa variabile); nei secondi non solo la causa non emerge dal negozio, che può essere concluso per fini svariati, ma dalla stessa si prescinde. Sono negozi astratti le più antiche e importanti figure del *ius civile*: *mancipatio*, *in iure cessio*, *stipulatio*.

Questi negozi possono essere impiegati per gli scopi più vari: così, ad esempio, da una stipulazione risulta sì l'oggetto della domanda e risposta, ma non necessariamente la funzione, per cui la promessa può esser fatta per finalità svariate, come per donare, costituire la dote, ecc.

C'è uno stretto rapporto tra astrazione e formalismo; i negozi astratti appartengono generalmente al novero dei negozi formali: l'osservanza delle forme prende il posto della causa e cela il fine nella solennità. Mancipazione, cessione in tribunale, stipulazione si reggono sull'osservanza delle forme, non sul perseguimento di uno scopo.

La natura causale o astratta comporta questa conseguenza, che i negozi causali non producono effetti in assenza di causa (nulla vale una compravendita senza scambio), laddove il negozio astratto, non rilevando una causa, resta in piedi in forza della propria struttura (ad esempio una *stipulatio* volta a restituire denaro mai ricevuto è, *iure civili*, inattaccabile).

[rimedi contro l'assenza di causa] Il superamento dei connessi limiti si ebbe in vario modo, e anzitutto per l'intervento del pretore. Questi concede il rimedio dell'*exceptio doli* (§ 4), che consente al convenuto in giudizio di paralizzare l'ingiusta pretesa dell'attore (Gai. 4.119). Successivamente, in caso di promessa di restituire denaro mai ricevuto, fu concessa la specifica eccezione di denaro non versato (*exceptio non numeratae pecuniae*: I. 4.13.2). (Si arriverà tuttavia, se effettuato l'adempimento, anche a concedere il mezzo civilistico della *condictio* [azione personale]: Gai. 4.5; I. 4.6.15).

Analogo rimedio tramite *exceptio*, contro l'astrazione che si fonda sullo scritto, è offerto – seppure entro precisi limiti temporali – dalle Istituzioni di Giustiniano (3.21).

[tipicità] Il negozio astratto (e la *traditio*, per il carattere già visto), non esprimendo un fine specifico, è disponibile per diverse utilizzazioni: *mancipatio*, *in iure cessio*, *stipulatio* si adattano a una varietà di scopi. In particolare la stipulazione, che può essere riempita dai contenuti voluti dalle parti, contribuisce assai al superamento dei limiti imposti dalla “tipicità” dei negozi e specificamente dei contratti. Non si ha infatti, nell'esperienza giuridica romana, una generale nozione di contratto, modellabile dalle parti nell'esercizio della loro autonomia. Le figure contrattuali sono predisposte dall'ordinamento e appunto “tipiche” (non “il contratto” ma “il mutuo”, “la compravendita”: vedi anche cap. VI § 6).

Il parziale superamento di questa impostazione legata a dati originari (“economia” degli atti, rigidità formale) si ebbe, nel campo obbligatorio, in particolare attraverso il riconoscimento dell'efficacia di particolari convenzioni, a condizione che una delle prestazioni dedotte fosse stata adempiuta. Sono i c.d. “contratti innomi-

nati” (cioè anonimi) (cap. VI § 14). Ma all'autonomia serve anzitutto la stipulazione, tipica nella forma, ma che nella sostanza consente alle parti di conseguire, purché attraverso lo schema di domanda e risposta, una pluralità di fini. Non si arriva però al pieno riconoscimento dell'autonomia privata coi soli limiti generali posti dal sistema. L'adozione di nuovi strumenti procede sempre per singole figure, sotto il controllo dell'ordinamento. Giustiniano, che si identifica con la “legge”, riafferma che spetterà all'intervento imperiale (*Augustum remedium*) correggere, regolare e fissare misure e criteri adeguati (*emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere*) per i nuovi negozi (*negotia... quae noviter contingunt*) (cost. Tanta, § 18). La volontà normativa programma pur sempre lo spazio dell'autonomia privata.

[negozi tra vivi e a causa di morte] Sempre con riferimento alla causa, è rilevante la distinzione fra negozi tra vivi (*inter vivos*) e negozi a causa di morte (*mortis causa*). I primi contemplano un risultato pratico da realizzarsi in vita delle parti (inconferente il fatto che prima dell'esecuzione una di esse possa mancare, con relativo subentro dell'erede). I secondi, al contrario, sono finalizzati ad attuare un regolamento di interessi che diviene operante, o quantomeno definitivo, dopo la morte del loro autore. Hanno inoltre la caratteristica di essere revocabili (si pensi alle disposizioni contenute nel testamento e alla *donatio mortis causa*, quantomeno nell'età giustinianea).

[negozi a titolo oneroso e gratuito] Ha pure una chiara attinenza causale la distinzione tra negozi a titolo oneroso e negozi a titolo gratuito (sui negozi con causa di liberalità vedi cap. VII § 12): in questi al sacrificio di una parte non ne corrisponde uno analogo dell'altra, che dunque è la sola a ricevere un vantaggio; in quelli invece sacrifici e vantaggi si bilanciano, giustificandosi vicendevolmente. **[negozi aleatori]** Se poi è rimesso al caso a quale delle parti tocchi il sacrificio, con speculare vantaggio dell'altra (si pensi alla scommessa) ovvero – fermo restando il sacrificio di una parte – quale sia l'ammontare del suo vantaggio (si pensi all'*emptio spei* [cap. VI § 10]), si configura la tipologia del negozio aleatorio.

2. Elementi accidentali

I negozi possono essere adattati alle esigenze delle parti mediante i cosiddetti elementi accidentali, clausole aggiuntive che modellano il negozio in concreto. [**“leges privatae”**] Sono tra queste le “*leges privatae*”, “dichiarazioni unilaterali di privati in seno a negozi solenni, fuori dello schema tipico dell'atto” (Marrone) (generalmente la *mancipatio*), come la clausola con cui il padre impone che la figlia da lui trasferita in mancipio ad altri gli venga rimancipata (Gai. 1.172), [**pacta**] e quei *pacta* – convenzioni atipiche – che in tanto valgono in quanto appunto accessori di un negozio principale. Va incidentalmente osservato che, accanto ai contratti innominati, il sistema dei patti, nel suo progressivo sviluppo, contribuì all'allentamento della tipicità del sistema negoziale (vedi cap. VI § 15).

Elementi accidentali rilevanti per la loro generale applicazione sono la condizione e il termine. [**atti legittimi**] Esistono tuttavia atti a struttura rigida, detti *legittimi*,

come *mancipatio*, *in iure cessio*, *cretio*, *acceptilatio*, che, legati all'inderogabilità di parole solenni, non tollerano, pena l'invalidità, simili dichiarazioni accessorie.

[condizioni:] La condizione fa dipendere gli effetti del negozio (dalla stipulazione condizionata nasce solo una “speranza di credito”: I. 3.15.4) da un evento futuro e obiettivamente incerto (ad esempio: ti darò cento se giungerà la nave). Non si ha quindi condizione quando si deduce un avvenimento presente o passato, seppure ignoto alle parti (I. 3.15.6), ovvero certo nel suo avverarsi (siamo di fronte a un termine), e neppure se il verificarsi degli effetti sia subordinato a un presupposto normativo (la costituzione di dote vale purché faccia seguito il matrimonio: condizione stabilita dal diritto [*condicio iuris*]). Tutte queste si dicono in dottrina “condizioni improprie”.

[sospensive, risolutive] Si distingue ora tra condizione sospensiva e risolutiva, a seconda che al verificarsi dell'evento consegua il prodursi o il cessare degli effetti del negozio.

Per i romani *condicio* è essenzialmente la condizione sospensiva, senza aver peraltro del tutto ignorato l'altra specie, come pure volle un'affermata dottrina. La condizione risolutiva appare infatti occasionalmente applicata in taluni atti negoziali, come la costituzione di usufrutto, e il suo indeciso emergere sembra vada messo in relazione, più che con limiti di natura dogmatica, con l'inopportunità della cessazione automatica degli effetti di questo o quel negozio. Ad esempio appariva ai romani improponibile il venir meno della proprietà al di fuori degli atti appositi di trasferimento. Di norma comunque il risultato di una condizione risolutiva veniva ottenuto inserendo un patto contrario (di recesso o risoluzione) sottoposto a condizione sospensiva.

[positive, negative] Si distingue tra condizioni positive, riferite al verificarsi di un evento, e condizioni negative, connesse al suo non verificarsi.

[casuali, potestative, miste] Si distingue inoltre tra condizioni casuali, potestative o miste, a seconda che dipendano dal caso, e comunque non dalla volontà delle parti del negozio (“se arriverà la nave”), ovvero dipendano dalla volontà della parte che ne trae vantaggio (“se andrai sul Campidoglio”), ovvero contemporaneamente dalla volontà di una delle parti e dal caso (“se sposerai Mevia”) (vedi C. 6.51.1.7 per il negozio *mortis causa*). La condizione meramente potestativa, che fa dipendere l'efficacia del negozio da un semplice atto di volontà dell'obbligato (“mi darai cento se vorrai?”), ha effetti invalidanti.

[impossibili, illecite.] Problematica è la fattispecie della condizione impossibile (che fa riferimento a un evento che, al momento del negozio, non può verificarsi) o illecita (che è contraria a un precetto o al buon costume).

La condizione impossibile invalida il negozio (vedi, per la stipulazione, Gai. 3.98; I. 3.19.11). Lo stesso fu stabilito per la stipulazione “a rovescio” (“se verrà la nave dall'Asia, prometti di dare oggi?”), la qual soluzione fu poi del tutto modificata con Giustiniano (vedi. I. 3.19.14), mentre non rileva la condizione negativa impossibile (I. 3.19.11: “se non toccherà il cielo con un dito”).

Un'eccezione fu introdotta dai Sabiniani, contro l'opinione dei Proculiani, riguardo al legato (Gai. 3.98); e il principio fu esteso alle istituzioni d'eredità, ai fedecom-

messi, alle manumissioni per testamento, atti *mortis causa* per i quali, stante l'impossibilità di rinnovarli, vale un generale favore alla conservazione. In questi atti la condizione impossibile si considera come non scritta (I. 2.14.10) (fa ulteriormente eccezione il caso della condizione assurda ["se sarà erede Tizio sia erede Caio"])).

Riguardo alla condizione illecita, se apposta ai negozi tra vivi ne determina l'invalidità, come nei contratti di buona fede, ovvero la pratica inefficacia per l'intervento del pretore che fornisce, come nel caso della stipulazione, l'*exceptio doli* alla parte chiamata ad adempiere.

Per gli atti di ultima volontà, a conclusione di un'articolata evoluzione, si consolidò lo stesso principio stabilito per la condizione impossibile; essa quindi si considera come non scritta (D. 28.7.14).

Una sua disciplina ha quel negozio condizionale che è la disposizione testamentaria a titolo di pena, fatta cioè per costringere l'erede a fare o non fare qualcosa (legato *poenae nomine*: "se il mio erede darà sua figlia in moglie a Tizio, dia diecimila a Seio"). Inutile per Gaio (2.235, ma vedi in 2.236 il dubbio qualora oggetto della disposizione sia la libertà), la clausola è pienamente valida per Giustiniano, fatta salva la nullità ove si imponga alcunché di impossibile o di immorale (I. 2.20.36).

[pendenza della condizione] Nel periodo in cui l'evento dedotto non si è ancora verificato, ma può verificarsi, si ha pendenza della condizione; e benché gli effetti negoziali non si siano ancora prodotti, questa fase non è irrilevante. In un caso l'evento serve a qualificare il rapporto come locazione o compravendita (Gai. 3.146, con la fattispecie della messa a disposizione dei gladiatori in cambio di venti o mille denari, a seconda che tornino vivi o muoiano in combattimento).

Infine, si può presentare, in pendenza, la necessità di salvaguardare il beneficiario del rapporto condizionato.

[statuliber] Lo *statuliber*, schiavo liberato sotto condizione e frattanto servo dell'erede, è protetto da eventi prodottisi a suo danno durante la pendenza. La condizione si ha dunque per avverata se l'erede si è adoprato per il suo non verificarsi (Tit. Ulp. 2.5) ovvero se l'inosservanza dell'obbligo imposto al servo non è a questo imputabile (Tit. Ulp. 2.6). Egli "porta con sé la condizione della libertà" (Tit. Ulp. 2.3), per cui la condizione si può adempiere anche nei confronti di un acquirente (Tit. Ulp. 2.4).

[termine] Altro elemento accessorio è il termine (*dies*), clausola che introduce una data da cui si fanno iniziare o cessare gli effetti del negozio. Nel primo caso si ha termine iniziale (o sospensivo), nel secondo termine finale (o risolutivo).

Rispetto alla condizione viene meno il dato dell'incertezza. È sicuro che gli effetti si produrranno o cesseranno, ma solo a partire da quel momento. Il *dies* può consistere in una data certa ("il primo del mese") o in una scadenza certa nel suo verificarsi ma incerta quanto al momento ("il giorno della morte di Tizio"). Qualora l'incertezza riguardi il "se" l'evento si verificherà, si ha invece condizione.

Diversamente da questa, non si ha fase di pendenza, ma differimento degli effetti. Il negozio è sorto, ma l'esercizio dei diritti è, per i negozi a effetti obbligatori, procrastinato. Afferma Gaio, 3.124: "Pertanto anche il denaro che stipuliamo sia dato a termine fisso (*in diem certum*)... è certo che sarà dovuto, anche se viene chiesto dopo

del tempo” (vedi anche I. 3.15.2).

Il termine è variamente ammesso nei negozi. La stipulazione, paradigmatica dei negozi tra vivi, generalmente lo accoglie (I. 3.15.2). Tuttavia, come in I. 3.15.3, il termine finale apposto alla *stipulatio* (“finché io vivrò”) non viene considerato come tale ma come patto che risolve il negozio al momento della morte. Taluni termini non sono ammessi: così, in diritto classico (non seguito da Giustiniano [I. 3.19.13]), quelli che fanno sorgere l'obbligazione in capo all'erede (Gai. 3.100).

L'istituzione d'erede non tollera invece mai un termine, sia iniziale che finale (*semel heres semper heres*). Se apposto, si considera come non scritto (I. 2.14.9), non invalidando la disposizione, in ossequio al già veduto *favor testamenti*. In altri negozi *mortis causa*, come il fedecommesso (Gai. 2.250; I. 2.23.2), il termine iniziale è consentito.

Sotto il profilo processuale, agire in giudizio prima del termine significa *plus petere* (chiedere di più: Gai. 4.53b; I. 4.6.33b) e di conseguenza perdere la causa e, in diritto classico, vedere estinto il credito.

[modo] Ultimo per importanza e per elaborazione dogmatica tra gli elementi accessori viene il *modus*, che afferisce agli atti di liberalità (disposizioni testamentarie, fedecommessi, donazioni). Si tratta di una clausola che impone un onere al beneficiario (ad esempio: lascito di somma con obbligo di erigere un monumento) senza però subordinare l'elargizione all'adempimento.

Diversamente dall'ipotesi di negozio sotto condizione sospensiva potestativa, per cui l'acquisto della liberalità viene subordinato all'esecuzione di quanto previsto, il *modus* non impedisce, di per sé, l'efficacia della disposizione. L'ordinamento, e in particolare quello giustiniano, si attiva comunque con varietà di modi per la realizzazione della volontà del disponente. A seconda dei casi, si subordina l'acquisto della liberalità alla prestazione di cauzioni, si tutela la clausola con disposizione fedecommissaria, si ricorre alla coazione dell'autorità, fino alla concessione, nell'ultimo diritto, di un'azione “*praescriptis verbis*” (cap. VI § 4) per l'adempimento.

3. Invalidità

In alcune situazioni patologiche, il negozio non produce regolarmente i suoi effetti. (L'inefficacia peraltro può conseguire anche a un negozio perfetto, come per mancata accettazione dell'erede estraneo o nella fase di pendenza della condizione o per il suo non avverarsi).

[nullità e annullabilità] La dottrina moderna utilizza al riguardo la categoria generale dell'invalidità, distinguendosi però il caso del difetto di un requisito essenziale, che impedisce il prodursi degli effetti del negozio, da quello del vizio di origine, che non osta al prodursi degli effetti che potranno però essere rimossi. Nullità nel primo caso, annullabilità nell'altro.

Questa distinzione non è dei romani. Purtuttavia in quell'ordinamento la contrapposizione fra nullità e annullabilità può trovare corrispondenza nel diverso modo di operare dei due sistemi, il civile e il pretorio.

La dicotomia nullità-annullabilità non si propone di regola (vedi un'atipica eccezione in cap. VII § 7, relativa alla *querela inofficiosi testamenti*), nel *ius civile*: per questo il negozio o è valido e quindi efficace ovvero invalido ed inefficace. La invalidità-nullità talora si risolve nell'affermazione dell'inesistenza (il negozio *non est*), talora viene indicata con altre espressioni (il negozio è *inutile*, *irritum*, *invalidum*). L'impostazione civilistica è indotta dall'originario carattere formale degli atti. Il formalismo garantisce la rispondenza dell'atto all'ordinamento e insieme ne determina l'innataccabilità. Il negozio allora o è perfetto o è come non esistesse; e per descrivere la situazione possono ugualmente servire le terminologie di inesistenza, invalidità e nullità.

La rigidità del *ius civile* fu poi superata dal pretore tramite la concessione di rimedi processuali diretti a contrastare l'efficacia di negozi civilmente validi, ma che apparivano in qualche modo viziati o iniqui.

La fusione tra diritto civile e diritto pretorio porterà poi a una distinzione su un piano sostanziale: nullo è il negozio gravemente difettoso che sin dall'inizio non produce effetti, annullabile è il negozio che, nonostante un vizio iniziale, produce effetti finché l'iniziativa della parte non li rimuova.

[cause di invalidità:] L'invalidità del negozio discende da varie cause, in rapporto con la capacità dei soggetti, la natura dell'oggetto o la liceità del negozio, la manifestazione e la formazione della volontà.

[per i soggetti] Per quanto attiene alle situazioni soggettive, è invalido (nullo) il negozio concluso da un soggetto privo della capacità di agire, come per causa d'età, di sesso, di talune infermità. Invalido è altresì il negozio concluso da chi generalmente capace non sia idoneo a quel particolare atto: i sordi e i muti non possono così concludere negozi che richiedano la pronuncia e l'ascolto di parole solenni (vedi Gai. 3.105 per la stipulazione; Tit. Ulp. 20.13 per il testamento).

Nonostante l'incapacità di una parte può tuttavia prodursi un negozio parzialmente efficace: nel caso di contratto bilaterale concluso da un impubere si obbliga la sola controparte (I. 1.21 pr.).

[per l'oggetto] Il negozio può altresì essere invalido per l'impossibilità dell'oggetto (I. 3.19 pr.-2) o la sua indeterminatezza (vedi in tema di vendita Gai. 3.140; I. 3.23.1) ovvero per illiceità, a causa del contrasto col buon costume (I. 3.19.24) o una norma: così in diritto classico (Gai. 2.63) è nulla l'alienazione del fondo italico dotale compiuta dal marito senza il consenso della moglie contro la legislazione augustea (cap. II § 11).

[per la manifestazione di volontà.] Per quanto concerne la manifestazione di volontà, va premesso che questa deve estrinsecarsi nelle forme prescritte, in difetto delle quali la tematica dell'invalidità si risolve piuttosto nell'inesistenza.

A parte ciò, la manifestazione di volontà interessa la validità del negozio sotto un duplice profilo. È infatti necessario che la estrinsecazione corrisponda all'interno volere, e che il processo di formazione sia libero e basato su elementi veritieri. Corrispondentemente, si hanno casi di invalidità per divergenza tra volontà e manifestazione e casi dovuti a fatti anomali intervenuti nel processo formativo della volontà.

[divergenza tra volontà e manifestazione: simulazione] La divergenza fra volontà e manifestazione, a parte casi marginali, come la dichiarazione per scherzo, e la parimenti irrilevante riserva mentale in cui una cosa è detta, un'altra è voluta, compare nella simulazione, in cui le parti attuano un negozio non volendone in realtà compiere alcuno, ovvero allo scopo di celarne un altro. La complessa problematica, estranea ai negozi formali, in cui la volontà legata alla solennità è relegata in secondo piano, fu intravvista dall'ordinamento, conducendo tendenzialmente al riconoscimento della reale intenzione delle parti.

Una divergenza tra volontà e manifestazione si ha infine nell'errore, cioè nella falsa rappresentazione della realtà da parte del soggetto.

Va premesso che l'errore rileva sotto due profili: può infatti far sì che la manifestazione non corrisponde alla volontà, così che una cosa sia dichiarata, mentre in realtà un'altra è voluta, ovvero può alterare il processo formativo della volontà sino a determinare la parte a un comportamento altrimenti estraneo alle sue intenzioni.

[errore ostativo] La prima fattispecie è quella dell'errore “ostativo”, che interessa la divergenza tra volontà e manifestazione, la seconda è quella dell'errore “motivo”, che, come vedremo, si propone, accanto a violenza e dolo, come “vizio” del volere. Non sempre è facile in concreto la distinzione, anche per la tendenza dei giuristi a ricondurre l'errore vizio sotto lo schema dell'errore ostativo.

Questo comunque non viene in considerazione, salvo eventuali rimedi pretori, nei negozi solenni, in cui le forme assorbono la volontà.

Tuttavia anche un negozio formale ed astratto può essere, al pari degli altri, invalido, se venga meno l'elemento dell'accordo. Nelle Istituzioni di Giustiniano è detto chiaramente che se lo stipulante ha inteso un oggetto, il promittente un altro, non si contrae nessuna obbligazione (3.19.23).

In questo caso si ha errore sull'oggetto, che rende nullo l'atto, al pari di quello che verte sull'identità del negozio stesso. Altrove, come per l'errore sulla persona, si ricerca l'essenzialità dell'errore, considerandosi caso per caso se il negozio rimanga in tutto o in parte valido.

Non è comunque errore ostativo l'attribuzione a una persona di un nome non suo, e neppure l'erronea indicazione riguardo a persone od oggetti, ugualmente identificabili con certezza (*falsa demonstratio non nocet*: I. 2.20.29; Tit. Ulp. 24.19; D. 45.1.65.1).

[anomalie nella formazione della volontà:] Il processo di formazione della volontà può prodursi in modo anomalo nelle ipotesi di vizio della volontà, per causa di errore, violenza, dolo.

[a) errore vizio] L'errore vizio è il motivo che spinge il soggetto al negozio influenzando gravemente il processo di formazione della volontà. La rilevanza di questa figura, laddove viene distinta dall'errore ostativo, emerge abbastanza tardi (II secolo d.C.), in modo discontinuo, e in maggior misura nei negozi *mortis causa*. Nell'ultimo periodo l'ordinamento sembra riconoscere una più generale rilevanza dell'errore vizio. Le Istituzioni di Giustiniano (4.13.1) mettono accanto a violenza e dolo il caso di chi, caduto in errore (*errore lapsus*), abbia promesso ciò che non avrebbe dovuto promettere. Il rimedio suggerito dal legislatore è l'eccezione correlata al fatto (*in*

factum), già concessa dal pretore dietro valutazione del caso singolo, senza che venga utilizzato lo strumento della nullità *iure civili* tipica dell'errore ostativo. Tutto questo può suggerire una definitiva apertura dell'ordinamento verso il riconoscimento di questo vizio del volere come causa di annullabilità.

[b] violenza La violenza morale (quella fisica, o assoluta, esclude qualunque volontarietà, ma il caso è sconosciuto alle fonti) consiste in minacce che alterano la volontà del soggetto onde egli si accosta al negozio sotto l'influsso dell'intimidazione. Se grave e temibile, essa porta all'applicazione di rimedi pretori, mentre per il *ius civile* appare irrilevante (*tamen coactus volui*: “benché costretto ho pur voluto”) anzitutto come conseguenza della natura solenne e astratta dei negozi più importanti. Nei giudizi di buona fede si arriva però a riconoscere una invalidità *ipso iure* del negozio viziato.

[actio quod metus causa] I rimedi del pretore, nel loro assetto definitivo, constano di una *in integrum restitutio*, di un'azione e di un'eccezione. La *restitutio* ristabilisce, su istanza dell'interessato, la situazione nei termini anteriori all'esercizio della violenza. L'*actio quod metus causa* (azione per ciò che fu conseguenza del timore: I. 4.6.25,27,31) è penale nel quadruplo – qualora si agisca entro l'anno, dopo è nei limiti del vantaggio ricavato – del pregiudizio arrecato (I. 4.6.25). Il colpevole può tuttavia evitare la condanna, ripristinando la situazione anteriore (I. 4.6.27).

[exceptio quod metus causa] Infine l'*exceptio quod metus causa* è lo strumento difensivo per la vittima che non abbia ancora adempiuto, contro le pretese dell'autore della violenza (Gai. 4.117,121; I. 4.13.9[8]). Quella, sottolineano le Istituzioni di Giustiniano (4.13.1), è obbligata per diritto civile (*iure civili te obligatum esse*) ma sarebbe iniquo venisse condannata (*iniquum est te condemnari*), onde si concede l'eccezione. Emerge qui ancora l'originario contrasto fra l'impostazione civilistica e la correzione operata dal meccanismo processuale introdotto dal magistrato.

[c] dolo Il dolo infine qui interessa non come criterio di determinazione della responsabilità contrattuale o della responsabilità penale o criminale, ma come “dolo negoziale”.

Esso consiste in gravi astuzie, macchinazioni e raggiri usati allo scopo di indurre la controparte in errore (*omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumvenendum fallendum decipiendum alterum*: Labeone in D. 4.3.1.2) e, si ricava dalle Istituzioni di Fiorentino, anche in discorsi oscuri o dissimulazioni fatti allo stesso scopo (*qui obscure loquitur... insidiose obscure dissimulat*: D. 18.1.43.2).

Come la violenza, il dolo è per il *ius civile* irrilevante. Tuttavia, come nel caso della violenza, si riconobbe l'invalidità automatica dei negozi di buona fede viziati da dolo. A parte questa ipotesi, la rilevanza nel sistema del comportamento doloso, suggerita da una nuova sensibilità, si deve all'intervento del pretore che appronta gli strumenti dell'*actio doli* e dell'*exceptio doli*.

[actio doli] L'*actio doli* consente alla parte danneggiata che abbia già adempiuto agli obblighi fissati dal negozio viziato di agire per ottenere in sostanza, attraverso un'azione penale diretta al semplice valore, la riparazione del pregiudizio subito. Si tratta di azione sussidiaria (potendo essere esperita solo in assenza di altro rimedio giudiziario) e arbitraria, il che implica la possibilità per il convenuto di evitare la

condanna ottemperando al disposto del giudice, fissato con ampi criteri discrezionali (I. 4.6.31).

[*exceptio doli*.] L'*exceptio doli* consente invece alla vittima convenuta in giudizio di paralizzare la pretesa dell'autore del dolo (Gai. 4.119; I. 4.13.1). Il rimedio tuttavia fu concesso non solo contro colui che si fosse comportato dolosamente al momento della conclusione del negozio, ma anche contro chi si fosse comportato dolosamente o comunque contro i canoni della buona fede in un momento successivo alla conclusione del negozio fino alla domanda giudiziale. Si affianca così alla *exceptio doli specialis* (specifica, contro il vizio del volere) una *exceptio doli generalis* (generica) volta a reprimere ogni comportamento scorretto che urti contro i criteri di equità. Ha ad esempio l'*exceptio doli* il possessore di buona fede contro il proprietario, pure legittimato alla rivendica, che non gli rimborsa le spese (Gai. 2.76 ss.; I. 2.1.30 ss.).

Attraverso lo strumento processuale dell'*exceptio doli* si arriverà a correggere l'ordinamento, indipendentemente dalla valutazione della condotta. Antonino Pio concede l'eccezione contro chi sarebbe erede *ab intestato* ai possessori dei beni secondo le tavole (Gai. 2.120 [cap. VII § 5]): l'*exceptio* non è più sanzione di un comportamento iniquo, ma lo strumento della nuova scelta normativa; del pari va ricordato il rescritto di Marco Aurelio che, attraverso la concessione dell'*exceptio doli*, avrebbe introdotto, secondo Giustiniano (I. 4.6.30), la compensazione come istituto di carattere generale (cap. VI § 25).

CAPITOLO V

DIRITTI REALI E POSSESSO

1. Generalità
2. Le cose (concetto, partizioni, tipologie rilevanti)
3. La proprietà. La proprietà quiritaria: caratteri e limiti
4. L'*in bonis habere*. La proprietà provinciale. Il *ius in agro vectigali*.
5. La proprietà nel diritto postclassico e giustiniano
6. La difesa della proprietà
7. I modi di acquisto della proprietà a titolo originario
8. I modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo
9. La comproprietà
10. I diritti reali di godimento: le servitù
11. Cont.: l'usufrutto e i diritti affini
12. Cont.: la superficie e l'enfiteusi
13. I diritti reali di garanzia
14. Il possesso
15. La difesa del possesso. Il quasi possesso

1. Generalità

[nozione] Si dicono reali i diritti soggettivi assoluti che hanno diretta incidenza sulle cose, implicando una immediata, anche se più o meno intensa, possibilità d'intervento sulle stesse ("reale" da *res*, cosa).

[soggetti passivi] Come si è accennato in precedenza e si spiegherà ancora in un capitolo successivo della presente trattazione (cap. VI § 1), essi postulano un generale dovere di astenersi da interferenze nel rapporto tra il titolare e la *res*, che fa capo a tutti gli altri consociati.

L'impostazione qui adottata si attaglia con particolare evidenza al diritto di proprietà. Qualche riserva potrebbe invece avanzarsi – e in dottrina per vero lo si è fatto – con riferimento ai diritti reali su cosa altrui. Ciò non perché anch'essi non presuppongano quel generalizzato dovere negativo di cui si diceva, quanto piuttosto perché, circa i medesimi, entra soprattutto in considerazione dal lato passivo quel soggetto determinato – o comunque determinabile – che si identifica nel titolare della proprietà sulla cosa oggetto del diritto reale parziario.

Così se Tizio è proprietario di un fondo a favore del quale sussiste una servitù di passaggio attraverso il fondo di Caio, è certo che esiste un indistinto dovere di astensione da parte dei restanti consociati tenuti a non impedirgli l'esercizio di quella facoltà, ma appare altrettanto evidente che tale obbligo si circoscrive in forma pregnante e immediata con riguardo a Caio, titolare del fondo servente (su ciò oltre), tanto che proprio quest'ultimo risulta, in definitiva, il vero soggetto passivo del rapporto.

Senonché pure in questo caso la natura reale del diritto può dirsi confermata dal fatto che il soggetto passivo ("di primo grado") indicato sopra è a sua volta individuabile proprio in base a un rapporto con la cosa stessa e non in base a un rapporto con la persona del titolare del diritto reale parziario (vedi in particolare § 10).

Su questo qualificante aspetto del diritto reale e, insieme, sull'altro, già adombrato, della sua autosufficienza intesa nel senso che chi ne è titolare non ha bisogno della cooperazione attiva di altri soggetti per soddisfare il proprio interesse, bensì esclusivamente di un loro atteggiamento inerte, non ostativo, avremo occasione di ritornare allorché ci occuperemo dei diritti di obbligazione (cap. VI § 1).

[proprietà e restanti diritti reali] Come si è accennato, tra i diritti reali occorre isolare il diritto di proprietà, il *ius in re* caratterizzato dal contenuto più ampio e soprattutto l'unico in grado di porsi come autonomo.

Tutti gli altri sono diritti (reali) su cosa altrui (*iura in re aliena*) e presuppongono per ciò stesso il diritto di proprietà di un altro soggetto sulla medesima *res*, determinando restrizioni più o meno estese nel campo delle facoltà di regola implicate da questo. Si parla in proposito di diritti reali "parziari" – termine da noi già usato –, o anche "limitati", "minori", "speciali".

[diritti reali di godimento e di garanzia...] Tra questi ultimi si è soliti distinguere ulteriormente i diritti reali di godimento (servitù prediali, usufrutto, uso, [con riferimento all'età giustinianea] abitazione, opere dei servi e degli animali; nonché – su un piano in parte diverso – *ius in agro vectigali*, superficie e enfiteusi) dai diritti reali

di garanzia (pegno e ipoteca).

[... e loro tipicità] Con riferimento ai *iura in re aliena* si parla in generale di tipicità e talora, più incisivamente, di numero chiuso, intendendo così significare che nell'esperienza giuridica romana – analogamente del resto a quanto accade ora – i consociati non potevano dar vita a situazioni giuridiche soggettive con inerenza reale, e pertanto difese da *actiones in rem* (capp. III § 9; VI § 1), diverse e ulteriori rispetto a quelle riconosciute dall'ordinamento nella precisa fase storica presa a parametro (sul problema, per taluni aspetti analogo ma forse più articolato, della tipicità contrattuale vedi cap. VI §§ 6 e 14).

[possesso] Un discorso a parte va riservato al possesso, situazione di fatto che pure incide direttamente sulle cose senza per questo assumere la veste di diritto soggettivo. Anche tale argomento sarà affrontato, per connessione tematica, nel presente capitolo (§§ 14 e 15).

2. Le cose (concetto, partizioni, tipologie rilevanti)

A imitazione sistematica dei manuali di Gaio e di Giustiniano, buona parte delle moderne trattazioni giusromanistiche sono solite premettere all'esame specifico dei diritti reali (e del possesso) un *excursus* relativo alle cose, cioè agli oggetti su cui tali diritti incidono in via immediata, ricevendone anzi, come si vede, la stessa qualificazione tecnica.

[beni...] Nel nostro attuale ordinamento viene in rilievo – ed è peraltro facile arguirlo – non il concetto più propriamente filosofico di cosa, intesa come aspetto della realtà percepibile o immaginabile dall'uomo e isolato come entità a sé stante, bensì la cosa considerata dal punto di vista economico e su tale piano dotata di valore: in questo senso può essere qui richiamata la nozione di “bene” fornita dall'art. 810 c.c., per il quale “sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti”.

[... e loro requisiti] Ulteriormente, perché una cosa rilevi sul piano economico nella direzione indicata – perché, insomma, sia un bene – occorre innanzitutto che sia idonea a soddisfare un bisogno umano comunemente inteso, e che – quantunque si tratti ancora di concetti relativi – esista in quantità non sproporzionata in eccesso rispetto al fabbisogno, cioè che sia caratterizzata da un grado (in senso lato) di rarità: in tale direzione, per quanto indispensabile alla vita, non può dirsi un bene l'aria che si respira. È al contempo evidente che il mondo contemporaneo annovera un complesso di beni articolato su tipologie affatto sconosciute all'esperienza romana: basti pensare, sul piano fisico, all'energia elettrica; su quello spirituale, alle opere dell'ingegno.

Nel mondo romano tale impostazione presenta contorni un po' meno rigidi e, sotto taluni specifici profili, non appare rifuggire del tutto da prospettive filosofiche. Come vedremo, ad esempio, un ambito di cose enucleato dal giurista Marciano (II-III secolo d.C.) e poi penetrato nella sistematica del manuale giustiniano, prende in considerazione proprio cose disponibili in quantità enormemente superiori rispetto al fabbisogno umano, entrando qui in gioco un altro aspetto di grande inte-

resse giuridico, relativo alla libertà per i singoli di fruirne e al conseguente divieto a tutti esteso di frapporvi impedimenti, giusta la loro naturale, e perciò insopprimibile, destinazione alle più elementari necessità della vita fisica.

[(classificazioni romane)] L'impostazione gaiana relativa alle cose parametra innanzitutto il dato dell'appartenenza, effettiva o potenziale.

[cose in patrimonio e fuori dal patrimonio] Si isolano da un lato le *res in (nostro) patrimonio*, dall'altro le *res extra (nostrum) patrimonium* (Gai. 2.1). L'istituzionista non fornisce una nozione dei due poli, **[cose in commercio e fuori dal commercio]** i quali in genere sono messi dagli studiosi in relazione con quelli, propri di un'altra segmentazione ricavabile dai testi, di *res in commercio* e *res extra commercium*.

In realtà, e malgrado una terminologia delle fonti tutt'altro che lineare, la corrispondenza appare solo nel senso che le *res extra commercium*, ossia insuscettibili di atti di trasferimento da parte dei privati, sono anche fuori dal patrimonio degli stessi (*extra [nostrum] patrimonium*); mentre non è sempre vera la reciproca: cose *in commercio*, ossia suscettibili di titolarità privata, possono essere – parametrando un momento contingente – fuori dal (leggasi “da ogni”) patrimonio, in quanto ad esempio *res nullius* (cose di nessuno), come la selvaggina, o *res derelictae*, cioè abbandonate dal proprietario (su tali concetti oltre).

Si potrebbe dunque concludere che le polarizzazioni fondate sul *patrimonium* e sul *commercium* traggurano rispettivamente un dato effettivo e una potenzialità di fondo.

[cose di diritto divino e di diritto umano] *Summa divisio*, ossia partizione principe, delle cose è tuttavia per Gaio quella che segna lo spartiacque tra le cose di diritto divino (*res divini iuris*) e quelle di diritto umano (*res humani iuris*). Anche qui è rilevante il criterio dell'appartenenza, così come appare quasi intuitivo il fatto che le prime siano *res* (nel senso già visto) sia *extra (nostrum) patrimonium*, sia *extra commercium*.

[(di diritto divino:)] *Res divini iuris* sono le *sacrae*, le *religiosae* e, in certo modo, le *sanctae* (Gai. 2.3 e 8). **[a) cose sacre]** Sacre sono le cose consacrate agli dei sùperi – le divinità del *pantheon* romano, ivi comprese quelle sotterranee, come Plutone – in forza di una fonte giuridica autoritativa (Gaio menziona la legge pubblica e il senatoconsulto), come i templi, le are e i luoghi annessi.

[b) cose religiose (sepolcri)] Religiose sono le cose lasciate ai Mani, le anime dei defunti venerate nel culto familiare. Più precisamente, religioso è il sepolcro, intendendosi con questo termine il luogo in cui trova sepoltura a titolo definitivo il cadavere di un uomo – servi compresi – o che custodisce alcune sue ossa (assai più recente, e non del tutto pacifica, è l'inclusione nel novero del cenotafio [monumento alla memoria senza resti]).

A differenza di quanto avviene per le *res sacrae*, il carattere religioso – con relativa appartenenza ai Mani – è attribuito al sepolcro da un atto meramente privato: quello, appunto, dell'inumazione. Fin da epoca remota è praticata anche l'incinerazione (una norma delle XII tavole [X.1] vieta sia di seppellire sia di ardere le salme entro le mura cittadine), ma il sepolcro quale cosa religiosa appare legato, come già detto, al primo rito: testimonia Cicerone (*De leg.* 2.22.55-57) che procedendosi a cre-

mare un cadavere, si usava talora inumarne un dito preventivamente reciso, e ciò bastava a rendere religioso il luogo.

Poiché toglie la disponibilità privata del relativo bene, quello di dedica ai Mani è atto che spetta di regola al proprietario del fondo; trattandosi di terreno in usufrutto può compierlo anche l'usufruttuario col benessere del *nudus dominus*, e viceversa. In un sepolcro già istituito ha facoltà di seppellire, ancorché eventualmente non proprietario del luogo, il titolare del *ius sepulchri*. Tale diritto è inalienabile ma si trasmette *mortis causa*.

Azioni e interdetti tutelano i sepolcri da interferenze e violazioni. La loro intangibilità è peraltro incisivamente scolpita nel precetto sacerdotale *Deorum Manium iura sancta sunt* ("I diritti degli dei Mani siano inviolabili"; Cicerone, *De leg.* 2.9.22), posto tra l'altro a epigrafe del carme foscoliano *Dei sepolcri*, benché, per un veniale errore del poeta, ivi attribuito alla legge delle XII tavole.

[c] cose sante (*res sanctae*) sono per Gaio (2.8) le mura e le porte della Città: in certo modo anch'esse di diritto divino (*quodammodo divini iuris*). Il giurista Pomponio (II secolo d.C.; D. 1.8.11) motiva l'uccisione del fratello compiuta da Romolo per via dell'atto ostile e sacrilego di cui il primo si era reso autore travalicando le mura (addirittura con un salto, si legge nella tradizione annalistica: Livio 1.7.2).

Le Istituzioni di Giustiniano, in una temperie radicalmente mutata – come si ricorderà il cristianesimo è religione di Stato dal 380 –, indicano come sacre le cose consacrate a Dio dai pontefici (in realtà, più propriamente, dai vescovi), quali le chiese e gli oggetti adibiti al culto, partecipi anch'essi – salvo circostanze di particolare gravità, come il riscatto di prigionieri di guerra – del regime di inalienabilità e di inoppugnabilità proprio dei luoghi divini.

[cose pubbliche e private] Ancora sottratte all'appartenenza dei singoli sono le cose pubbliche (*res publicae*) che in questa direzione si contrappongono a quelle private (*res privatae*). Tra le prime figurano i fiumi – “quasi tutti”, dicono le Istituzioni Marciano (D. 1.8.4.1); “tutti”, correggono con mutata prospettiva quelle giustinianee (2.1.2) – nonché i porti: donde la possibilità per ognuno di pescare negli uni e negli altri. Cose più propriamente della collettività (*res universitatis*) sono invece impianti e edifici destinati alla pubblica fruizione da parte dei cittadini, quali teatri e stadi (che oggi chiameremmo “comunali”).

[cose comuni a tutti per diritto naturale] Di nuovo dalle Istituzioni di Marciano (D. 1.8.2.1) è derivata al manuale del VI secolo la classificazione delle *res communes omnium* (cose comuni a tutti) per diritto naturale: “l'aria, l'acqua corrente, il mare e di conseguenza [ossia per consentire l'accesso a quest'ultimo e il conseguimento delle risorse che ne derivano] i lidi del mare”. Alla valenza insita in tale definizione – che costituì un solido fondamento per le dottrine giusnaturalistiche dell'età moderna – si è accennato poco sopra.

[cose *mancipi* e *nec mancipi*] Grande importanza riveste nel mondo romano la dicotomia *res mancipi* – *res nec mancipi*.

Le prime, specificamente enumerate dai testi, sono quelle trasferibili mediante *mancipatio* (§ 8), o anche (in seguito) *in iure cessio* (§ 8); le altre, individuabili in nega-

tivo, (se corporali: vedi oltre) si trasmettono in proprietà con la *traditio* (§ 8). **[(fondamento della distinzione)]** Il maggiore rilievo delle *res màncipi* non è legato tanto al dato del valore intrinseco, quanto piuttosto alla loro stretta connessione strutturale e funzionale con l'antica economia agricola intensiva praticata dai nuclei familiari. Si tratta del fondo – ovviamente italico –, su cui si esercita la coltura e ove trova sede l'abitazione colonica; delle servitù rustiche di passaggio e di acquedotto (§ 10), che consentono di accedere al fondo e di irrigarlo; dei servi, la forza lavoro umana; nonché dei bovini e degli equini, i tipici animali da fatica domati per il basto o la soma e come tali insostituibili strumenti a disposizione dell'agricoltore: buoi, cavalli, muli e asini. Significativo in tal senso il fatto che bue e mulo in particolare siano realizzazioni zootecniche finalizzate appunto al traino e al trasporto pesanti.

Siamo forse di fronte alle prime cose su cui in età arcaica incominciò ad ammettersi la proprietà privata dei singoli *patres familias*, con un procedimento al tempo stesso fisico e concettuale che le isolava dai comuni possedimenti gentilizi, i quali continuavano a essere sfruttati a latifondo con gestione collettiva.

Il novero di questi beni, costituitosi per gradi (vedi anche § 3), acquistò abbastanza presto carattere tassativo, e lo mantenne anche allorché i contratti con popoli africani e asiatici fecero conoscere altri animali pure adibiti al lavoro, quali elefanti e cammelli. Essi restarono nell'ambito indifferenziato delle *res nec mancipi*, come del resto tutti gli altri animali – da carne o anche ausiliari ma in diversa guisa, come il cane –, i metalli – ancorché preziosi, come oro e argento –, il denaro, gli oggetti di uso personale di qualsivoglia genere e valore. Parimenti (salva concessione del *ius Italicum*) sono *nec mancipi* i fondi in suolo provinciale, su cui non può insistere il *dominium* dei privati (§ 4).

In età postclassica la distinzione in parola lentamente sparisce, trascinata con sé dalla desuetudine degli antichi negozi formali, nonché dalla progressiva unificazione dei tipi di proprietà (§ 5). Giustiniano finirà con l'abolirla sul piano stesso delle categorie giuridiche, cancellandone in tal modo anche il nome (C. 7.31.1.5, del 531).

[cose immobili e mobili] Piuttosto, in epoca tardoromana, uno spartiacque di maggiore incidenza economico-giuridica diventa quello che separa le cose immobili dalle mobili. Tale divisione, legata peraltro a un dato di immediata evidenza, entra in gioco per taluni aspetti anche nel periodo arcaico e in quelli successivi, senza assumere peraltro il valore di rilevante discriminazione tra i beni. Il concetto di cosa immobile trova il suo referente nel suolo, individuando il suolo stesso e quanto vi è incorporato stabilmente; mobili sono i beni che possono trasportarsi da un luogo a un altro, ivi compresi quelli che si animano per virtù propria (servi e animali, qualificati talora come cose semoventi).

La partizione in commento, non teorizzata nei testi istituzionali in nostro possesso, rileva soprattutto in tema di usucapione, per cui la legge delle XII tavole stabiliva differenti termini (due anni per le cose inerenti al suolo, uno per tutte le altre [*ceterae res*]); in materia di accessione (§ 7); di tutela possessoria (§ 15); di divieti speciali di alienazione (ad esempio, una *lex Iulia* proibisce al marito di vendere il fondo italico dotale senza il consenso della moglie [Gai. 2.63]). In età postclassica, come già detto, il significato di questa distinzione si accentua, rivelandosi soprat-

tutto nelle forme previste per gli atti di disposizione relativi agli immobili, che ora richiedono la forma scritta *ad substantiam*.

[cose corporali e incorporali] Strettamente connessa ai modi di acquisto è la classificazione, d'acchito di matrice filosofica, tra *res corporales* e *res incorporales*. Sono corporali le cose concrete (“che si possono toccare”: Gai. 2.13), incorporali, in definitiva, “quelle che consistono in un diritto” (Gai. 2.14; non è però incorporale il diritto di proprietà, che si identifica in tal senso con il suo oggetto).

Le *res incorporales* non ammettono *mancipatio* né *traditio* – sono tuttavia *mancipi*, come si vide, le servitù rustiche: ne spiegheremo in seguito la probabile ragione –; ammettono invece l'*in iure cessio*: si pensi all'eredità (sull'*in iure cessio hereditatis* § 8). Vi è però una cosa incorporale, l'*obligatio*, che nemmeno in tal modo può trasferirsi (cap. VI § 24). La distinzione gioca anche un importante ruolo sistematico; proprio in virtù della stessa è possibile ripartire il diritto (privato) tra il settore che attiene alle persone (primo commentario delle Istituzioni di Gaio), quello che attiene alle cose (secondo e terzo commentario), e quello che attiene alle azioni (quarto commentario), ricomprendendo nel secondo settore diritti reali, successioni e obbligazioni (vedi cap. I § 5).

Dobbiamo ora accennare a ulteriori partizioni nell'ambito dei beni, che emergono dai testi istituzionali romani, pur senza essere dagli stessi enucleate e teorizzate in modo autonomo.

[cose fungibili e infungibili] Cose fungibili e cose infungibili. Le prime sono quelle che non vengono in considerazione per la propria individualità ma per la loro appartenenza a un genere, entro il quale sono interscambiabili, rilevando solo in ragione del peso, del numero o della misura: vino, olio, frumento, denaro, ecc. Le altre sono quelle che, al contrario, la valutazione economico-sociale focalizza nella loro individualità: un fondo, un servo, un cavallo, una veste, ecc.

La distinzione incide in particolare sul regime degli obblighi di restituzione in base a varie cause: trattandosi di cose fungibili, non vanno restituite le stesse che si sono ricevute (ad esempio a mutuo, o in pagamento indebito [cap. VI §§ 7 e 16]), ma altrettante dello stesso genere e qualità. Come vedremo in certo modo parallela a questa, ma non coincidente, è la dicotomia obbligazioni generiche – obbligazioni specifiche (cap. VI § 3).

[cose consumabili e inconsumabili] Cose consumabili e cose inconsumabili. Le prime, sul piano fisico o su quello meramente economico, sono idonee a essere utilizzate una sola volta, poiché tale uso unitario ne cagiona la perdita: vino, olio, frumento, legna combustibile, denaro – qui la consumazione è, appunto, economica: l'uso del denaro consiste nella sua erogazione, operata la quale non lo si ha più –, e così via. Inconsumabili sono quelle che ammettono un uso (normale) ripetuto: anche a questo proposito valgono gli esempi prospettati per le cose infungibili, **[(cose deteriorabili)]** tenendo tuttavia presente che i vestiti sono per loro natura più soggetti al logorio rispetto ad altri beni, donde qualche oscillazione riscontrabile nelle fonti circa la loro appartenenza all'uno o all'altro ambito (trattasi, più impropriamente, di cose deteriorabili).

Vedremo che diritti reali come usufrutto e uso, e così il contratto di comodato,

possono avere ad oggetto soltanto cose inconsumabili.

[cose divisibili e indivisibili] Cose divisibili e cose indivisibili. Le une, se fisicamente divise, conservano nelle loro parti una funzione economico-sociale proporzionale rispetto all'intero: un fondo, una barra d'oro, una partita di derrate, una somma di denaro, ecc. Le altre non ammettono tale frazionamento senza perire o senza perdere valore in modo rilevante: un servo, un cavallo, un dipinto, una statua, ecc. Questa classificazione incide soprattutto sui giudizi divisorii (§ 9) e sull'adempimento delle obbligazioni (cap. VI §§ 3 e 25).

[cose semplici, composte, complesse] Un'altra classificazione delle cose assente dai testi istituzionali romani ma tutt'altro che priva di rilievo è quella che isola (ci esprimiamo con termini moderni) cose semplici, cose composte, cose complesse (*universitates*).

Cose semplici sono quelle che la coscienza sociale considera come entità unitarie: un servo, un cavallo, una statua; composte sono le cose formate dall'unione tecnica di cose semplici: una nave, una casa, un armadio; cose complesse (*universitates*) sono conglomerati di *res* fisicamente disgiunte ma considerate come un tutt'uno e ricomprese in un'unica denominazione: ad esempio il gregge – originaria tipologia di cosa complessa, per la cui configurazione peso non irrilevante deve aver avuto l'indole gregaria degli ovini –, la biblioteca, la pinacoteca.

Le cose composte hanno sorte giuridica unitaria: si rivendica, ad esempio, la *res* nel suo complesso, ma non le singole cose che la formano, se dalla stessa non staccate (altre notazioni in seguito; sul *tignum iunctum* vedi § 7); tali *corpora* inoltre non perdono la loro identità se una, alcune o tutte le parti che li compongono siano sostituite.

[(c.d. *universitates facti e iuris*)] Quanto al terzo polo della partizione, va precisato che non è romana la dicotomia *universitates facti* e *universitates iuris*: le prime caratterizzate da omogeneità di elementi (come il gregge), le seconde da entità strutturalmente diversificate (beni materiali e diritti, come avviene per l'*hereditas*). Ciò per significare che anch'essa si mantiene come cosa unitaria nonostante il mutare al suo interno dei singoli rapporti che la sostanziano.

[*instrumentum*...] Una menzione a sé merita l'*instrumentum* (attrezzatura), definito da Ulpiano (D. 33.7.12 pr.) come “apparato di cose destinato a rimanere per lungo tempo, senza le quali non sarebbe possibile esercitare il possesso [della cosa principale]”. Si parla di *instrumentum fundi* (di un fondo), *domus* (di una casa), *navis* (di una nave), ecc.

[... e attuali pertinenze] La definizione ulpiana non è, a ben guardare, molto diversa dalla nozione di pertinenze fornita dal nostro codice civile – (art. 817) “Sono pertinenze le cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa” –; senonché l'attuale ambito delle pertinenze non coincide con quello riferibile all'esperienza giuridica romana. Qui infatti alcune cose che oggi si considerano pertinenze seguono la sorte della cosa principale negli atti di disposizione in quanto ritenute sue parti integranti; a quelle che parti non sono considerate, come appunto l'*instrumentum*, proprio per questa ragione non si estendono le disposizioni relative alla cosa principale.

[frutti] Concludiamo la presente rassegna sulle cose con la trattazione dei frutti (*fructus*).

Frutto è il reddito della cosa (D. 50.16.77, Giuliano in Paolo [*frux vale fructus*]). Si parte da un dato meramente botanico, collegato ai prodotti commestibili degli alberi nonché a cereali e ortaggi generati direttamente dalla terra, per poi ricomprendere in tale categoria non solo i prodotti degli animali – come i feti, il latte, il pelo, la lana – ma anche i materiali inorganici – pietra, marmo, metalli, sabbia, argilla – tagliati o estratti da cave e miniere. Gli interpreti vanno ancora oltre, estendendo la qualifica di frutti (“civili”, per distinguerli dai precedenti detti invece “naturali”) alle rendite periodiche derivanti dall'attribuzione o dal godimento di una cosa conferiti ad altri in forza di un negozio giuridico (canoni, fitti, interessi, ecc.).

È a tutti noto che esistono cose, dette perciò fruttifere, in grado di produrne periodicamente altre che, in una prima fase parti delle prime, in seguito se ne staccano e assumono rilevanza autonoma, il tutto lasciando integra la cosa madre sia in sé considerata, sia nella sua capacità produttiva. Gli esempi proposti più in alto rivelano tuttavia che tale criterio naturalistico, evidente con i caratteri indicati negli alberi da frutta e nei diretti prodotti della terra, appare già più sfocato a proposito dei feti degli animali – la continuità riproduttiva di bovini ed equini è abbastanza limitata –, fino a sparire del tutto, subendo anzi una brusca cesura, con riferimento ai prodotti delle cave e delle miniere, i quali attraverso l'estrazione letteralmente consumano la cosa madre, concretandosi in vere e proprie parti strutturali della stessa.

Non resta dunque che fondarsi sul criterio economico: frutto, appunto, come reddito; un reddito – è da intendersi – fornito di continuità, destinato a durare nel tempo. Ed è proprio in questa ottica che trovano spazio tra i frutti anche i minerali, sebbene qualche testo neghi tale qualifica al marmo, forse proprio per il macroscopico scasso subito dalla montagna.

[parto della schiava...] Sempre le fonti romane escludono dall'area dei frutti il parto della schiava (*partus ancillae*), che peraltro giuridicamente è una *res*: si impose in tal senso il parere di Giunio Bruto, opposto ad altri eminenti giuristi repubblicani in una disputa di cui ci è conservato un chiaro ricordo (Cicerone, *De fin.* 1.4.12; D. 7.1.68 pr., di Ulpiano). Le motivazioni reperibili nell'apparato testuale sono eterogenee: non si pratica l'allevamento degli schiavi a fini riproduttivi (D. 5.3.27 pr., di Ulpiano); tra i frutti che dà l'uomo non può esserci l'uomo stesso (nel senso che *fructus* del servo sono solo le sue opere [D. 7.1.68 pr., cit.]); è assurdo che tra i frutti vi sia l'uomo, quando tutti i frutti la natura li produce per gli uomini (considerazione fondata invero su una logica che, applicata in modo coerente, metterebbe in crisi l'intero istituto della schiavitù: forse non è casuale che sia proprio quella recepita nelle Istituzioni imperiali [2.1.37; D. 22.1.28.1, di Gaio]).

[... e portata della sua esclusione dai frutti] A ben guardare, che il parto della schiava non sia frutto deve essere inteso in modo non del tutto univoco. L'usufruttuario, che acquista ogni frutto della cosa (§ 11), se oggetto del suo diritto sia una schiava non ne fa proprio il parto, il quale spetta quindi al nudo proprietario. Ed è stato probabilmente questo il fine della soluzione prevalsa: riservare il figlio della schiava al titolare del *dominium* sulla donna. Ciò vale anche per il possessore di buona fede:

egli acquista i frutti con la separazione (§ 7), ma, data la premessa, quanto al *partus ancillae* può giovare solo dell'*usucapio*, che richiede tempo e avvantaggia il padrone rivendicante.

Tuttavia, fuori dalla problematica qui individuata (quando cioè il nato, se *fructus*, sarebbe appannaggio di soggetti diversi dal *dominus*) il parto della schiava è acquistato dal proprietario della donna in forza dello stesso principio per cui si acquistano a titolo originario i frutti (§ 7): non esiste, in altri termini, un modo di acquisto a sé stante relativo al *partus ancillae* (di *fructus domestici*, con riferimento ai figlioletti delle schiave di casa parla, in certo senso tradendosi, una legge postclassica della fine del IV secolo [C.Th. 13.1.12]).

Il regime dei frutti viene in rilievo sotto vari aspetti: ad esempio – come già anticipato – in tema di modi di acquisto della proprietà (§ 7); di rivendica (§ 6); di usufrutto e uso (§ 11); di *hereditatis petitio* (cap. VII § 2): in tali luoghi saranno eventualmente fornite ulteriori precisazioni.

3. La proprietà. La proprietà quiritaria: caratteri e limiti

[**concetto**] La proprietà può dirsi il diritto reale primario, nel duplice senso che è l'unico dotato di vita autonoma – tutti gli altri diritti sulle cose presuppongono l'esistenza di questo – e che risulta pure quello dal contenuto più ampio, sì da rendere impraticabile (o quanto meno dogmaticamente improduttiva) una elencazione in positivo delle potenzialità che vi sono implicate.

Da quanto premesso non può risultare sorprendente la totale assenza nei testi giuridici romani di una definizione della proprietà o del proprietario. Nondimeno, per quello che il Bonfante bollò come “feticismo esegetico d'altri tempi”, si è creduto in più di un caso di estrapolare indirettamente dalle fonti una immagine che alla proprietà romana si potesse attribuire in sostanziale sintonia con il loro dettato.

Si è così chiamato in causa il *suae... rei moderator atque arbiter* (“governatore e arbitro del suo”) di una legge postclassica di Costantino (C. 4.35.21, del 313-315[?]), la quale tuttavia si riferisce al mandante inteso come principale, che decide per ciò che a lui fa capo. Si è fatto altresì ricorso alla celebre definizione della libertà stilata da Fiorentino (D. 1.5.4 pr.), che parla di *naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur* (“naturale facoltà di fare ciascuno quello che gli aggrada, sempre che qualcosa non sia impedito o dalla forza o dal diritto”), per cui invero non si richiederebbero complessi adattamenti; si è infine sovente citato, ma forse un po' meno a proposito, il *ius utendi et abutendi re sua* (“diritto di usare e di abusare del proprio”) coniato dalla Glossa per giustapporlo al *ius utendi fruendi* (“diritto di usare e fruire”) che fa capo all'usufruttuario (§ 11).

[**proprietà privata**] Il profilo della proprietà che interessa in questa sede è quello relativo alla proprietà privata.

[**(problema dell'origine)**] Stando alla tradizione, la proprietà privata fondiaria avrebbe avuto origine da una distribuzione della terra di appartenenza sovrana. Si racconta infatti che Romolo assegnò ai singoli *patres familias* piccoli appezzamenti di

due iugeri (*bina iugera*) in proprietà piena e come tale trasmissibile agli eredi. Come spesso capita, può trattarsi di una semplice metafora, a sua volta ricollegabile, sul piano teorico, a due possibili tipologie di acquisizione privata della terra: da un lato al passaggio progressivo di frazioni fondiari dai possedimenti delle *gentes* – gestiti, sembra, in forma collettiva – ai singoli capifamiglia, dall'altro alle assegnazioni in proprietà privata di lotti più o meno estesi di *ager publicus*.

Difficoltà peraltro sussistono in rapporto a entrambe le ipotesi. Il primo fenomeno non è in realtà dimostrabile, ancorché dotato di una sua plausibilità di fondo (sulla successione intestata dei gentili vedi cap. VII § 4); l'altro è dal canto suo documentato e si protrae anche in seguito per secoli, costituendo anzi uno dei punti nodali delle lotte politiche in età repubblicana, ma appare più sovente – specie con riguardo all'epoca arcaica – come attribuzione ai singoli di possesso anziché di proprietà vera e propria (consistenti distribuzioni di quest'ultimo tipo si riscontrano a ridosso dell'età graccana [II secolo a.C.]).

Peraltro, anche se abbiamo incominciato il discorso visualizzando la proprietà fondiaria – e la stessa di nuovo prenderemo a parametro nella successiva considerazione dei caratteri e dei limiti del diritto in commento – non riteniamo improbabile che il primigenio nucleo delle *res Mancipi* (§ 2) racchiudesse esclusivamente beni mobili (che si possono prendere con la mano). In tal guisa la prima forma di proprietà individuale avrebbe avuto ad oggetto gli strumenti – ivi compresi quelli animati – per la coltivazione della terra, ma non la medesima: non sembrano del tutto labili indizi quelli legati all'originaria forma di denominazione del patrimonio (*familia pecuniaque*, ossia servi e bestiame), nonché il fatto che il rituale della *legis actio sacramento in rem* e quello della *mancipatio* siano abbastanza chiaramente costruiti sul presupposto di una cosa mobile (significativamente l'archetipo formulare mostrato per entrambe da Gaio ha ad oggetto uno schiavo), salvo poi successivi adeguamenti per le ipotesi che la rivendica o il negozio traslativo riguardassero fondi e case. Se così fosse, l'*heredium* (cioè il piccolo podere familiare con la casa colonica) si porrebbe come una successiva e più specifica finalizzazione degli oggetti in piena proprietà, prima esclusivamente destinati allo sfruttamento, per quanto di spettanza, di terre gentilizie collettive o comunque di proprietà eminente.

[proprietà quiritaria (*dominium ex iure Quiritium*)] Sul piano terminologico, il diritto individuale di proprietà è detto nelle fonti *dominium ex iure Quiritium*, e *dominus* (*ex iure Quiritium*) il suo titolare. Peraltro il modo originario per indicare la signoria piena e assoluta sulla cosa è quello che, prendendo le mosse dalla stessa – diremmo quasi partendo dal basso –, sale alla persona referente dell'appartenenza: *rem meam esse* (“essere la cosa mia”), ove è tra l'altro percepibile una sfumatura marcatamente potestativa (l'espressione ricorre ancora nelle formule della *legis actio sacramento in rem* e della *mancipatio*). Di emersione più tarda sono invece i sostantivi *proprietas* e *propriarius*, in genere peraltro utilizzati in rapporto dialettico con *usus fructus* e *usus fructuarius*.

In questo paragrafo dobbiamo ancora occuparci dei caratteri e dei limiti del *dominium* (*ex iure Quiritium*), il diritto di proprietà riconosciuto dal *ius civile* romano e che come vedremo ha costituito l'archetipo su cui si sono modellate le altre forme di

proprietà (§ 4). Data la sua particolare rilevanza in questo campo, come già detto, prenderemo come punto di riferimento la proprietà fondiaria.

[caratteri del *dominium*.] I caratteri del *dominium* sono individuabili nella illimitatezza interna, nella valenza assorbente, nella elasticità, nella perpetuità, nella natura franca.

[illimitatezza interna] La proprietà fondiaria romana implica una estensione di appartenenza virtualmente illimitata in direzione verticale. Ciò ha evocato l'immagine di una proiezione dei confini del fondo lungo una colonna che in altezza arriva alla volta celeste, in profondità (sotto forma – dovremmo dire stavolta – di piramide o cono) alle viscere della terra (“fino alle stelle, fino agli inferi”, secondo una efficace espressione degli interpreti, in realtà non aliena da iperbole perché tale estensione è da rapportarsi alle concrete esigenze implicate dall'esercizio del diritto [oltre]).

[valenza assorbente] Strettamente collegato al precedente carattere è quello relativo alla forza assorbente del *dominium*, per cui finisce con l'appartenere al proprietario del fondo tutto ciò che ad esso stabilmente si aggiunge o si incorpora, come gli incrementi fluviali, la seminagione, la piantagione e, con rilevanza più marcata, la costruzione realizzata sulla sua terra. *Superficies solo cedit*, dicono le fonti, per indicare questa sorta di forza attrattiva tale da impedire, in particolare, che la proprietà di una casa sia riferibile a persona diversa rispetto al titolare del fondo su cui la costruzione si trova, e che parimenti escluda la sussistenza di una proprietà divisa per piani (sul diritto di superficie vedi § 12).

[elasticità] Elasticità è l'attitudine del *dominium* a riespandersi automaticamente – ossia senza bisogno di alcun atto giuridico – una volta estinto il diritto reale parziale di cui è gravato, come venisse meno un peso che lo comprime.

[perpetuità] La proprietà è inoltre perpetua nel senso che non può essere circoscritta entro limiti cronologici predeterminati, allo spirare dei quali venga meno (proprietà a termine). Cosa assai diversa è ovviamente la traslazione del diritto con patto di ritrasferimento condizionato o a scadenza. Ricollegabile al carattere in commento è invece l'inidoneità del *dominium* a estinguersi per mancato esercizio (come invece avviene, ad esempio, per servitù e usufrutto).

[natura franca.] Va infine ricordata – ma sul punto ritorneremo tra breve – la libertà del *dominium* da tributo fondiario, che costituisce per secoli uno dei più marcati elementi differenziali che separano la signoria riconducibile al diritto civile dalla c.d. proprietà provinciale (§ 4).

Come può evincersi da quanto detto all'inizio del paragrafo circa la difficoltà di delimitazione positiva del contenuto del *dominium*, il proprietario può fare tutto ciò che non gli è vietato o dal diritto oggettivo o dall'esistenza di concorrenti diritti altrui sulla cosa che d'altronde lo stesso titolare ha costituito (o accettato implicitamente acquistando un bene che ne era gravato).

[limiti legali.] Interessano in questa sede i limiti del primo tipo, detti anche legali.

Uno sguardo panoramico, quantunque rapido, su tutto l'arco storico dell'esperienza giuridica romana è in grado di individuare una nutrita serie di limitazioni, in genere – ma non solo – riguardanti la proprietà immobiliare. Alcuni di questi limiti possono essere isolati, sotto differente angolo visuale, considerando taluni signifi-

cativi mezzi di difesa concessi al titolare del fondo vicino contro determinate estrinsecazioni del diritto di proprietà confinante: si pensi all'*actio aquae pluviae ar-cendae*, all'*operis novi nuntiatio*, alla *cautio damni infecti*. Poiché quest'ultimo è l'aspet-to che ci sembra più rilevante, ne tratteremo altrove, a proposito della difesa della proprietà (§ 6). Si tenga tuttavia presente che tale tutela finisce col determinare concreti sbarramenti all'esercizio del diritto di cui ci stiamo occupando.

Possiamo intanto ricordare un nucleo di limiti di ascendenza decemvirale.

[ambitus] Innanzitutto le regole circa l'*ambitus*, una fascia di terreno lungo il confi-ne larga cinque piedi – due e mezzo da un lato come dall'altro – che, pur apparte-nendo ai proprietari dei fondi, deve restare libera da costruzioni e piantagioni. In seguito questa norma verrà meno e due edifici adiacenti potranno avere una parete comune.

[limes] Cosa diversa dall'*ambitus*, anche se di misura analoga, è il *limes*, striscia di confine non in proprietà privata che separa poderi assegnati ai singoli in seguito a divisione dell'*ager publicus*. Agli *agri limitati*, cioè con contorni siffatti, non possono accedere nuove porzioni di terreno per incrementi fluviali (§ 7), che invece giovano agli *agri c.d. arcifinii*, ovvero con confini naturali. Comunque il *limes*, come l'*ambitus*, conobbe una decadenza abbastanza precoce.

[vie private (misure e manutenzione)] Altre disposizioni riguardano le vie private tra fondi, che devono essere di larghezza pari a otto piedi nei rettilinei, il doppio nelle curve, e vanno mantenute lastricate: non ottemperando a tale onere, i pro-prietari interessati sono tenuti a consentire che i carraggi passino attraverso i loro poderi.

[taglio di alberi sporgenti] Particolarmente interessante, di nuovo nell'ambito dei rapporti di vicinato, la disciplina relativa alle sporgenze arboree sul fondo contiguo. Per la legge delle XII tavole il proprietario può pretendere la recisione di rami e parti di tronco che si affaccino sul suo terreno fino all'altezza di 15 piedi dal suolo, altrimenti può tagliarli egli stesso acquisendo la legna: quelli più alti deve soppor-tarli. Se il vento ha incurvato la pianta del vicino, il titolare del fondo su cui essa sporge può agire perché sia divelta. In compenso il padrone dell'albero che estenda la sua chioma sull'altrui ha diritto di recarsi ogni due giorni nel fondo confinante per raccogliervi i frutti caduti.

Le ultime regole delineate chiamano in causa la c.d. illimitatezza in senso vertica-le della proprietà, di cui si è fatto cenno. In realtà il taglio dei rami che non arrivano a 15 piedi dal suolo è consentito non perché essi siano di proprietà del titolare del terreno sulla cui colonna d'aria si trovano, dal momento che l'albero non può ap-partenere ad altri che al padrone del fondo ove fanno presa le radici (*superficies solo cedit*), ma perché si tratta di una interferenza sull'altrui *dominium*, onde la possibili-tà di (auto)difesa riconosciuta dall'ordinamento. Tuttavia, ecco il punto, tale reazio-ne (che poi riflette l'estensione del diritto) è ammessa fin dove è plausibile che sus-sista un concreto interesse: e la legge lo ritiene dal canto suo insussistente per quanto concerne l'eliminazione dei rami sporgenti oltre l'altezza indicata.

[tignum iunctum] È di notevole rilievo anche la norma decemvirale che sancisce l'impossibilità per il proprietario di togliere la sua trave inserita da lui stesso o da

chiunque altro in una costruzione (o allo stesso modo posta a sostegno di una vigna) che non gli appartiene: si tratta tuttavia di una fattispecie che ora è opportuno solo menzionare per riservarne una più specifica trattazione in altro luogo (§ 7).

[divieti di demolizione] Due senatoconsulti dell'età Giulio-Claudia, l'Osidiano e il Volusiano (*FIRA* I. 45), vietano per motivi di decoro urbano di vendere edifici al fine di demolirli onde far poi commercio di marmi e fregi: tali alienazioni sono dichiarate nulle in radice.

[tutela del rispetto] Altre norme specifiche più tarde impongono particolari distanze per la costruzione di edifici urbani, in modo da non togliere loro la vista del mare (si prende ormai a parametro Costantinopoli, la nuova capitale) e pure, sembra, il prospetto delle montagne.

[atti emulativi] Quanto agli atti di emulazione, che si concretano in quei comportamenti che il proprietario senza alcun utile personale pone in essere al solo scopo di danneggiare altri o recar loro fastidio, va detto che nel diritto romano non esiste un principio generale che li inibisca.

Dalle singole decisioni di casi pratici formulate dai giuristi emerge tuttavia, pur non senza qualche strappo, la concezione di un esercizio del diritto alieno da malizie. Nessuna coloritura, va precisato subito, di impronta sociale e ancor meno solidaristica, ma pur sempre un atteggiamento tanto pacato quanto per altro verso poco proclive a giustificare ogni esplicazione di facoltà soltanto perché astrattamente ricompresa nel contenuto del diritto di cui si è titolari. Così è vero che *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*, ossia che non può dirsi in dolo chi esercita il proprio diritto, ma ciò va – almeno tendenzialmente – inteso nel senso che tale esercizio, nel momento in cui, quasi di necessità, torna a danno di altri, “scrimina” l'agente, togliendo al suo atto la natura di illecito. Onde l'avente potestà che tiene celato il sottoposto non sarà tenuto dall'*interdictum de homine libero exhibendo* (interdetto per l'esibizione di persona libera) proprio perché – spiega Ulpiano (D. 43.29.3.2) – “non sembra trattenere con dolo malvagio chi esercita il proprio diritto”. È però altrettanto vero che il proprietario del fondo a monte non può deviare il deflusso dell'acqua al solo fine di privarne il vicino a valle (§ 6), né al possessore di buona fede sconfitto nel giudizio di rivendica – il quale pure può conservare a sé le migliori voluttuarie apportate alla cosa (§ 6) – è permesso raschiare per puro dispetto gli affreschi con cui aveva ornato la villa (D. 6.1.38, di Celso).

[immissioni nell'altrui] In parallelo con gli atti emulativi possono collocarsi per certi aspetti le immissioni nell'altrui (fumo, esalazioni, schegge, rumori), per le quali il limite che affiora nell'apparato testuale è quello segnato dall'uso normale (quotidiano, familiare) della cosa: va tollerato il fumo che deriva dall'uso domestico della fiamma, ma non quello, già di per sé insostenibile, che promana da una fabbrica di formaggi (la “famigerata” *taberna casiaria* di cui a D. 8.5.8.5, di Aristone-Ulpiano).

Una connotazione più marcatamente idealistica si manifesta invece sotto un diverso profilo dell'abuso del diritto: quando questo, in altri termini, si esplica in modo “patologico” non nei confronti dei terzi, come nel caso degli atti emulativi, ma a danno del suo stesso oggetto, identificandosi questo in un essere umano di condizione servile, contro il quale una morale evoluta non accetta che si possa in-

crudelire (cap. II § 2).

[**espropriazione per pubblica utilità.**] Infine, un cenno sulla espropriazione per pubblica utilità. Tale istituto, pur talora mascherato sotto forma di vendita forzosa (alla quale in altri termini il proprietario è costretto) risulta nella storia giuridica romana una presenza abbastanza costante. In particolare è da credersi che, specialmente in età postclassica, sia conosciuto il principio per cui l'autorità può appropriarsi di beni privati al fine di realizzare un interesse pubblico corrispondendo ai loro titolari un indennizzo (non di rado alquanto avaro: fenomeno, del resto, non peculiare alla sola esperienza passata).

4. *L'in bonis habere. La proprietà provinciale. Il ius in agro vectigali*

[**proprietà quiritaria e...**] Nel paragrafo precedente si sono delineati i caratteri del *dominium ex iure Quiritium*, la titolarità assoluta della *res*, prevista, regolata e difesa dal diritto civile romano.

[**... proprietà bonitaria**] Accanto ad essa si viene delineando in età preclassica una forma di signoria sulla cosa, che non può definirsi *dominium* ma che trova sul piano della giurisdizione pretoria una tutela *erga omnes* (sull'acquisto in buona fede dal non proprietario si veda poco oltre) tale da renderla per certi aspetti assimilabile al dominio quiritario, ove poi, in rapporto alle singole ipotesi, finisce col confluire attraverso l'istituto dell'usucapione (§ 7).

È così che Gaio (2.40; ma vedi anche 1.54), sia pure in età classica matura, può affermare che i romani, con peculiarità giuridica che non è dato riscontrare presso gli altri popoli (e che in origine era a quelli stessi ignota), conoscono due tipi di proprietà: il primo, ovviamente, è il *dominium*; il secondo la situazione di chi ha la cosa *in bonis* (letteralmente: tra i beni, nel patrimonio), donde la dottrina moderna ha ricavato l'espressione “proprietà bonitaria”, o anche “proprietà pretoria”, in contrapposizione al dominio quiritario.

Si tratta di intendersi. Sotto il profilo sostanziale, cioè delle facoltà inerenti e della tutela, l'*in bonis habere* o l'*in bonis esse* (con riguardo rispettivamente alla posizione del soggetto e dell'oggetto) può dirsi una tipologia di appartenenza riconducibile al concetto di proprietà – e da questo angolo visuale, forse non senza una coloritura generalizzante, vede la situazione Gaio –; mentre sotto il profilo formale proprietario è solo il *dominus ex iure Quiritium*, quantunque talora – come vedremo – un titolare “sulla carta”, privo della disponibilità materiale del bene e impossibilitato a conseguirla sul piano dei mezzi giuridici. È peraltro significativo che, di regola, il linguaggio tecnico designi con un unico termine (*dominus* [*propriarius* è, come si vide, di uso più tardo]) il proprietario per diritto civile e ricorra invece a una perifrasi (*qui in bonis habet* [vedi Tit. Ulp. 1.16]) per indicare quello pretorio. Ciò premesso, anche a noi capiterà di valerci delle espressioni di cui sopra, entrate del resto nella comune terminologia didattica e scientifica.

[**natura dell'*in bonis habere***] L'*in bonis habere* identifica una situazione (transitoria)

che può essere definita di possesso in buona fede, ma che all'interno di quest'ultima area isola un nucleo più ristretto.

È infatti, quanto è dato evincere, un possesso di buona fede ottenuto a titolo derivativo, posto che la promessa edittale presuppone una *traditio ex iusta causa* (D. 6.2.1 pr. e D. 6.2.3.1, entrambi di Ulpiano): o in virtù di un negozio giuridico tale da giustificare l'acquisto della proprietà (si vedano in proposito le *iustae causae* che stanno alla base della *traditio* e della *usucapio* [rispettivamente §§ 8 e 7]), o in virtù di un provvedimento magistratuale o giudiziale.

Stante un simile presupposto, questa situazione di natura sostanzialmente possessoria si caratterizza per il fatto di ricevere dal pretore una tutela assoluta (*erga omnes*) mediante *actiones*, che non è propria del possesso, difeso di per sé solo in via relativa tramite interdetti (§ 15). Di qui la sua assimilazione, per complesso di facoltà contenute e per polidirezionalità di difesa, alla proprietà quiritaria.

[cosa *mancipi* consegnata] Gaio (2.41) prospetta il caso di chi in base a un titolo legittimo – ad esempio, compravendita – riceve una *res Mancipi* non per *mancipatio* o *in iure cessio*, ma per semplice *traditio*. Può egli dirsi proprietario civile del bene? Evidentemente no, perché il mezzo di trasmissione non appare idoneo. Nondimeno – ecco il punto – ha la cosa *in bonis*; il bene è insomma nel suo patrimonio: come se fosse suo.

Egli non è un mero possessore di buona fede, ma un possessore qualificato. Se fosse un mero possessore dovrebbe soccombere di fronte alla rivendica del *dominus* e, perduto per qualunque causa il possesso, potrebbe riottenerlo in via interdittale soltanto se il nuovo possessore lo avesse rispetto a lui conseguito in modo vizioso (*vi clam precario* [§ 15]): davanti a un soggetto che avesse ottenuto il possesso in buona fede non avrebbe alcuna difesa.

[difesa della proprietà bonitaria: eccezioni...] Invece il proprietario bonitario può paralizzare l'azione di rivendica del *dominus* con l'*exceptio rei venditae et traditae* (eccezione di cosa venduta e consegnata), oppure, se il titolo di trasmissione negoziale fu diverso e in altri casi ancora (vedi cap. VII § 3), con l'*exceptio doli*. È infatti palese il comportamento scorretto del proprietario che prima trasferisce una cosa in base a giusto titolo creando nell'accipiente affidamento in ordine all'acquisto, e poi invoca a proprio favore il vizio del negozio traslativo per riavere l'oggetto, e proprio su questo fondamento si inserisce la tutela pretoria.

[... e azione Publiciana.] Il proprietario bonitario può inoltre riacquistare il possesso della cosa – perduto non di propria volontà – con un'azione parametrata su quella di rivendica: l'*actio Publiciana*, introdotta forse nel 67 a.C. L'azione è fittizia e oggetto della *fictio* appare il decorso del tempo necessario all'*usucapione* (§ 7): il giudice deve giudicare come se questa si fosse compiuta, ossia come se avesse a che fare con un *dominus*. Va peraltro sottolineato che tutti gli altri requisiti richiesti per l'*usucapio* debbono sussistere e non possono essere surrogati sulla base di *fictiones*: in particolare è necessaria la cittadinanza romana, senza la quale non sarebbe dato convogliare l'*in bonis habere* nell'area della proprietà quiritaria.

Ritornando alla tutela di chi ha la cosa *in bonis*, si può verificare come nell'una e nell'altra ipotesi (*exceptio* e *actio*) egli abbia partita vinta: nel primo caso mantiene il

possesso qualificato, nell'altro lo riacquista. Come si è già spiegato, una simile situazione non è poi destinata a protrarsi all'infinito: trascorso il tempo richiesto per usucapire, il proprietario bonitario diventa anche proprietario civile (perché l'usucapione è modo di acquisto del *dominium* [§ 7]) e a questo punto le due forme di proprietà di cui parla Gaio finiscono con il coincidere.

In realtà, la situazione, così come descritta, sembra piuttosto una scissione temporanea nell'ambito del *dominium* tra titolarità formale e godimento concreto, destinati poi – dopo un periodo sostanzialmente breve – a riunirsi in una unitaria situazione di appartenenza, che risulta, non dimentichiamolo, la proprietà civile. Certo, il fenomeno che si riscontra prima del risultato finale può ingenerare l'idea di due tipologie di proprietà, di cui la prima è nominale, l'altra effettiva. Una situazione di tale natura è oggi estranea alla nostra *forma mentis*, ma non è inusitata, ad esempio, con riferimento all'esperienza giuridica anglosassone, ove sopra un medesimo bene possono coesistere due diverse titolarità, legate rispettivamente al “*common law*” e all’“*equity*”, sistemi distinti ma operativi in contemporanea.

[trasferimento da non proprietario] Quella di *res Mancipi* trasmessa per *traditio* – o anche, è forse da ritenersi, per mancipazione invalida – non esaurisce peraltro le ipotesi di proprietà bonitaria di origine negoziale. Si pensi al caso di *res* trasferita dal non proprietario e ricevuta in buona fede, a titolo oneroso o gratuito, dall'accipiente. Costui avrà gli stessi mezzi di difesa: *exceptio rei venditae et traditae* (o *exceptio doli*) e *actio Publiciana*. **[(poeriorità del dominus)]** C'è tuttavia una differenza: egli è tutelato nei confronti di tutti ma non di fronte al *dominus*, che rimane estraneo all'atto e non può quindi trovarsi coinvolto. Per cui se questi intenta contro di lui la rivendica l'*exceptio rei venditae et traditae* è inutile, perché l'attore resta in grado di opporre il proprio titolo poziore (*replicatio iusti dominii* [replica di legittimo dominio]). Se poi è il *dominus* a essere in possesso del bene, l'*actio Publiciana* contro il medesimo è parimenti spuntata perché egli si varrà dell'*exceptio iusti dominii*, a cui non è consentito in tal caso replicare.

[altre ipotesi di proprietà bonitaria] Altre ipotesi di proprietà bonitaria, legate a provvedimenti magistratuali e giudiziali, si riscontrano nella *bonorum possessio* (il *bonorum possessor* agisce fingendosi erede, quindi con azione simile alla *Publiciana*); nella *bonorum emptio* (stesso rilievo); nella *missio in possessionem ex secundo decreto* (§ 6); nella *adiudicatio* nei *iudicia imperio continentia*; nonché in altri casi ancora che non mette conto elencare compiutamente in questa sede.

[proprietà provinciale] Abbiamo detto che il suolo provinciale – a meno che non goda del *ius Italicum*, beneficio che lo rende quasi una propaggine del territorio di Roma – è *nec Mancipi* (Gai. 2.21 e 27). Su di esso una proprietà piena paragonabile al *dominium* non può configurarsi: vi osta in particolare la considerazione di tale signoria come oggetto di una concessione da parte dello Stato, che è quindi il vero proprietario della terra e a cui va corrisposto un canone (il *tributum* o lo *stipendium*, a seconda che si tratti di province imperiali o senatorie). Nondimeno su tale presupposto, anche in provincia il privato può dirsi referente di una titolarità fondiaria paragonabile al *dominium* sia per le facoltà che vi ineriscono sia per la difesa assoluta (*erga omnes*) che le è propria.

Gaio (2.7) parla in proposito di *possessio vel ususfructus*, e con questa sorta di en-diadi finisce con l'adombrare una situazione giuridica tutta *sui generis*, il cui titolare gode del complesso di facoltà implicate dal diritto reale di usufrutto (l'uso della cosa e la percezione di ogni suo frutto [§ 11]) e al contempo ha del possesso l'atteggiamento soggettivo di chi sul bene la fa da padrone (§ 14). In altri termini, anche se tecnicamente non lo si può chiamare tale, costui è secondo la comune valutazione sociale – che il diritto nella sostanza non contraddice – un proprietario. Stiamo parlando della proprietà immobiliare: sulle cose mobili anche nelle province i romani possono essere titolari del *dominium* quiritario.

La proprietà provinciale è difesa da un'azione reale pretoria di stampo analogo alla rivendica. È possibile costituire diritti reali parziari sulla cosa mediante *pactiones et stipulationes* (patti e stipulazioni: e perciò contrattualmente); è inoltre dato esperire in via utile azioni a difesa dell'integrità della cosa (§ 6).

[*ius in agro vectigali*] Discorso affatto simile può farsi per l'età classica a proposito del titolare del *ius in agro vectigali*. Si tratta di nuovo di un concessionario sia di *ager publicus* – ormai però solo nelle province – sia di terre di cui sono proprietarie comunità cittadine (*municipia, civitates*).

Di questa figura, e dei problemi di inquadramento che ha posto ai giuristi classici, si vedranno meglio alcuni connotati in un paragrafo successivo (§ 12): basti qui dire che la corresponsione di un canone (*vectigal*), a cui il titolare è tenuto e che funziona da elemento condizionante il perdurare della concessione, impedisce di ravvisarvi una proprietà piena. Per il resto poco la distingue da quella sul piano sostanziale: difesa reale pretoria *erga omnes* (*actio in rem vectigalis*, certamente classica), esperibilità in via utile delle azioni contro le minori violazioni della signoria.

A differenza di quanto si verifica nell'*in bonis habere*, stante la premessa, né il titolare della proprietà provinciale né il vettigalista possono usucapire, onde le loro situazioni giuridiche soggettive non confluiscono mai nel *dominium*.

Tutte e tre le situazioni di appartenenza si trasmettono tra vivi con la *traditio* (§ 8).

5. La proprietà nel diritto postclassico e giustiniano

[risultato finale di unificazione...] Le diverse immagini della proprietà presentate nei paragrafi precedenti tendono nel diritto postclassico a convergere in direzione di un istituto unitario.

[... e sue ragioni: *Constitutio Antoniniana*] Un primo dato di generale portata unificante può individuarsi nella *Constitutio Antoniniana*, che (salvo insignificanti eccezioni) rende cittadini romani tutti gli abitanti dell'impero universale.

[fine del dualismo degli ordinamenti] Sotto diverso profilo, il dualismo (da valutarsi peraltro nel senso già visto) proprietà quiritaria – proprietà bonitaria non può non seguire, nel suo involversi, le analoghe sorti su più ampia scala della contrapposizione tra diritto civile e diritto pretorio. Giova anche ricordare in proposito la desuetudine dei negozi formali propri del *ius civile*.

Sotto quest'ultimo aspetto, l'obsolescenza di *mancipatio* e *in iure cessio* toglie giustificazione alla tutela pretoria di chi riceve una *res Mancipi* per *traditio*, posto che questa rimane ormai l'unico negozio (fra vivi) traslativo del tardoantico (a parte, come vedremo, gli effetti reali riconnessi a taluni contratti).

Resta il problema della *traditio a non domino*, ossia della cosa trasferita da chi era privo di legittimazione: e infatti su questa base sopravvive in età giustiniana l'*actio Publiciana* nella funzione che le conosciamo, e che ora spetta anche con riferimento alle terre *vectigales* e non usucapibili (D. 6.2.12.2, di Paolo ma da ritenersi interpolato).

[estensione del tributo al suolo italico] Sul piano della proprietà provinciale e del *ius in agro vectigali* non va dimenticato che, alla fine del III secolo, Diocleziano assoggettò a tributo anche il suolo italico, togliendogli così quella natura franca che lo aveva caratterizzato fin dai tempi più remoti (§ 3). Cadeva dunque uno dei principali ostacoli teorici lungo la via di un modo di configurarsi unitario della proprietà fondiaria italica e di quella peculiare alle altre zone dell'impero.

A questo punto, portare alle estreme conseguenze l'aspetto di signoria eminente legato all'onere fiscale avrebbe logicamente condotto alla generale negazione della proprietà privata sulla terra. Accadde il contrario: valorizzando l'aspetto contenutistico della signoria con riferimento a chi in concreto la esercita, si ammise senza eccessivo sforzo la plausibilità teorica di un diritto di proprietà gravato da imposta. È però del pari evidente che la distinzione tra *dominium*, proprietà provinciale e *ius in agro vectigali* perde adesso il suo più solido punto d'appoggio.

[volgarismo giuridico.] Al quadro finora delineato si aggiunga lo snaturarsi delle categorie giuridiche classiche e delle costruzioni concettuali elaborate dalla grande giurisprudenza del principato, che ne stavano a sostegno. Nell'età del diritto volgare – così è chiamata in dottrina questa temperie storico-giuridica che, è stato scritto, si connota per assenza di scientificità – concetti come quelli di *dominium*, di *possessio*, di *usus fructus*, in precedenza univoci punti di riferimento di un assetto delineato da precisi contorni e interrelazioni, si appannano in un uso tendenzialmente promiscuo, che più che alla fonte della situazione giuridica e ai suoi connotati teorici, si rivolge all'immediato e palpabile aspetto della fruizione della cosa e dello sfruttamento delle potenzialità relative.

[proprietà giustiniana...] Giustiniano (C. 7.25.1, del 530-531), in un tentativo di sistemazione ispirato in parte a visioni classiche, iscrive questa situazione di fatto in un ambito teorico razionalizzante, e parla di unificazione della proprietà, cancellando anche dal vocabolario giuridico, in modo quasi sdegnoso, espressioni come *dominium ex iure Quiritium* (resta però, usata da sola, la parola *dominium*) e *in bonis habere*.

Quanto alla proprietà provinciale e al *ius in agro vectigali*, l'imperatore bizantino attua sempre in questa direzione una scelta di fondo non priva di rilievo, incanalando la prima nel nuovo concetto unitario di proprietà e facendo invece convergere il secondo nel regime dell'enfiteusi (§ 12), vista ora, sul piano concettuale, non come forma di proprietà ma come diritto reale di godimento su cosa altrui, sia pure di estensione tale da esaurirne il complesso di facoltà.

[... e suoi rapporti con le precedenti forme di proprietà] La proprietà giustiniana ere-

dità dunque dal *dominium* l'assetto strutturale di fondo e – con gli adeguamenti già visti – il sistema dei modi di acquisto; dall'*in bonis habere* la libertà di forme nel regime dei trasferimenti; dalla proprietà provinciale la concettuale incidenza dei legami legati a un interesse pubblico.

6. La difesa della proprietà

Contro le violazioni della sua signoria il proprietario può valersi di diversi mezzi giudiziari, in ragione della natura di tali attacchi e dell'incidenza dei medesimi sul rapporto tra lui e la cosa.

[a) azione di rivendica] Alla violazione più grave che, privandolo del possesso del bene, mina in radice la sua stessa titolarità ed è in più di un caso idonea a determinarne la perdita legale (sull'*usucapio* § 7) il *dominus* reagisce con l'azione di rivendica (*rei vindicatio*), la quale ha lo scopo di fargli conseguire il possesso sul bene, ovvero – nel processo formulare – un equivalente in denaro sostitutivo di quello.

Tale azione, intentata dal *dominus ex iure Quiritium* contro il possessore, si svolgeva in antico secondo il rito della *legis actio sacramento in rem* (cap. III § 3). Successivamente, come pure sappiamo, fu introdotto l'*agere per sponsionem*, che funzionò da cerniera tra l'originaria tipologia processuale e la c.d. *formula petitoria*, di gran lunga la più diffusa in età classica e della quale resta da occuparci in questa sede.

[legittimati passivi] Convenuto, come si diceva, è il possessore del bene in proprio: non quindi il mero detentore (§ 14). In seguito fu possibile agire anche contro quest'ultimo, che peraltro era in grado di stornare da sé il giudizio indicando colui in nome del quale possedeva.

[(falsi possessori)] In taluni casi fin dall'età classica era ammessa la rivendica anche contro i possessori non effettivi – i quali dunque avranno sempre subito condanna pecuniaria –, e precisamente contro colui che si presenta in tale fittizia veste per vanificare l'azione del rivendicante dando così agio al vero possessore di usucapire (*qui liti se optulit*), e contro colui che dolosamente ha dismesso la *possessio* della cosa prima della *litis contestatio* al fine di evitare la condanna (*qui dolo desit possidere*).

[onere della prova] L'attore ha l'onere di provare il suo titolo di acquisto: se derivativo, anche quello del suo dante causa e così risalendo; tuttavia, come vedremo (§ 7), l'istituto dell'*usucapione* funge in tale ambito da valido soccorso.

[mancata difesa da parte del convenuto] Dal canto suo, il convenuto che voglia conservare il possesso deve *defendere rem*, ossia accettare il giudizio. Se non intende farlo non lo si può obbligare (D. 50.17.156 pr., di Ulpiano), però una simile scelta ha un prezzo: l'attore, tramite l'*interdictum quem fundum* (che serve tanto per acquisire per la prima volta quanto per recuperare il possesso [Ulpiano, Frag. Vindob. 4]), ottiene la *possessio* dell'immobile. Trattandosi di cose mobili l'effetto finale è il medesimo. A questo punto le parti semmai si invertono: se lo ritiene, sarà lo spossessato a poter esperire la rivendica contro chi lo convenne, il quale ora, avendo il possesso del bene, non è più legittimato a muoversi in tale direzione.

Accettato invece il giudizio, il convenuto non deve propriamente sobbarcarsi al-

cuna prova, essendo per lui sufficiente negare la pretesa attrice (diversa, come si vide, la problematica nella *legis actio sacramento* [cap. III § 3]). Se l'attore non riesce a provare il suo diritto, il convenuto rimane possessore, perché la *possessio* può essergli ritolta solo in virtù di un diritto poziore – e qui il *dominium* non è dimostrato – o di un'altra situazione possessoria rispetto alla quale la prima risulti affetta da un vizio (alludiamo alla tutela interdittale, su cui più avanti [§ 15], che comunque opera su un piano difforme). Tuttavia, per restare in tema, a volte sorgono problemi proprio al fine di stabilire chi, nel giudizio di rivendica da instaurarsi, tra i due sedicenti possessori debba reggere il ruolo di convenuto, assai più favorevole sotto il profilo probatorio: soccorrono in tal caso gli interdetti *uti possidetis* e *ùtrubi*, per cui si rinvia ancora al § 15.

[effetti della soccombenza: restituzione o condanna] Qualora il convenuto esca soccombente, in virtù del *iussum de restituendo* caratteristico delle azioni con clausola arbitraria (cap. III § 8) deve rendere il bene oggetto della lite, altrimenti subisce la condanna pecuniaria determinata in base al giuramento estimatorio pronunciato dall'attore. In quest'ultima ipotesi la cosa gli è acquistata in proprietà (§ 8).

Come sappiamo, la *legis actio sacramento* conduceva alla restituzione della cosa, e medesimo fu, molto più tardi, l'effetto della rivendica vittoriosa nel regime della *cognitio extra ordinem*: esito realizzato, se del caso, con l'intervento della forza pubblica (cap. III § 13).

[restituzione *cum causa rei*:] Il bene, dicono i testi, va restituito *cum causa rei*, ossia con quel corredo di risorse ulteriori che l'attore avrebbe conseguito se l'oggetto della lite gli fosse stato reso al momento della *litis contestatio*.

[frutti] Vengono innanzitutto in rilievo i frutti naturali. Il possessore, sia di buona sia di mala fede, è tenuto a restituire i frutti percepiti dopo la *litis contestatio*. Quello di mala fede anche gli anteriori e ancorché consumati (restituzione per equivalente): obbligo che in seguito fu esteso anche al possessore in buona fede, ma solo in rapporto al *fructus extantes*, cioè ancora presso di lui (I. 2.1.35; 4.17.2). Nel regime giustiniano si fa carico al possessore di mala fede – e così a quello di buona fede dopo l'inizio della causa – anche dei *fructus percipiendi*, ossia non percepiti per incuria.

[spese (e tipi delle medesime).] Quanto alle spese sostenute per la cosa, il possessore di buona fede ha diritto al rimborso di quelle necessarie (fatte per salvare il bene dal perimento) e di quelle utili (che rendono la cosa più fruttifera), non delle volutarie (che solo impreziosiscono la cosa sul piano estetico [vedi però § 3 sulla facoltà di togliere le migliorie]). Per il rimborso che gli compete può esercitare il *ius retentionis*, che consiste nel trattenere il possesso del bene fino al soddisfacimento della propria spettanza. Giustiniano concede anche al possessore di mala fede la rifusione delle spese necessarie.

Come si è visto (§ 4), a difesa dell'*in bonis habere*, su piano omologo a quella della *rei vindicatio*, sta l'*actio Publiciana*. In modo non dissimile la proprietà provinciale è presidiata da un'*actio in rem* parametrata sulla falsariga della rivendica.

[b) azione negatoria] Contro la violazione del *dominium* concretantesi non nella contestazione in radice dello stesso ma nell'affermazione, con riscontro fattuale, di

un diritto reale parziario sulla cosa ad opera di un terzo (si pensi alle servitù, all'usufrutto, ecc.) il proprietario può reagire con l'*actio negatoria*, tesa a dimostrare l'inesistenza di tale diritto minore. Poiché la prova di un fatto negativo si rivelerebbe pressoché impossibile, il *dominus* deve dimostrare il suo diritto di proprietà, mentre l'onere di giustificare il titolo da lui vantato è a carico del convenuto. Nell'*intentio* dell'*actio negatoria* – diversamente da quanto accade nell'azione di rivendica – compare il nome del convenuto.

[c) rimedi a tutela dell'integrità della cosa:] A tutela dell'integrità del bene oggetto della propria signoria il proprietario dispone di alcuni rilevanti rimedi: l'*actio aquae pluviae arcendae*, la *operis novi nuntiatio*, la *cautio damni infecti*, l'*interdictum quod vi aut clam*, l'*actio finium regundorum*.

[azione per stornare l'acqua piovana] L'*actio aquae pluviae arcendae* (azione per stornare l'acqua piovana) è un'azione personale concessa al proprietario del fondo che per una modifica artificiale subita da quello vicino, rischia di ricevere nocumento dal flusso a terra dell'acqua piovana. Minacciato può essere il fondo inferiore per la precipitosa discesa d'acqua da quello superiore, ovvero quest'ultimo, per il riflusso causato da un ostacolo a valle.

L'azione si intenta contro il titolare del fondo di cui fu alterata la conformazione naturale (o comprovata da uso risalente), ancorché egli non sia l'artefice della modifica, e mira – nel processo *per formulas* tramite la clausola arbitraria – a restituire il pristino stato dei luoghi.

Nel diritto classico avanzato il rimedio è esperibile non solo per allontanare l'acqua piovana in eccesso, ma anche per assicurare al proprio fondo il naturale deflusso maliziosamente deviato dal vicino a monte, e assume pure in tal senso valenza di rimedio contro gli atti emulativi (§ 3).

[denuncia di nuova opera] La *operis novi nuntiatio* (denuncia di nuova opera) è un mezzo, per vero stragiudiziale, volto a impedire al titolare della proprietà contigua di mutare l'assetto murario, costruendo o demolendo in modo ritenuto pericoloso, nel proprio fondo.

L'intimato può prestare garanzia di restituire le cose allo stato iniziale se il denunciante risulterà legittimato a vietargli l'opera. In tal caso può continuare i lavori. Se non presta garanzia gli viene intimato di rimettere i luoghi nella situazione d'origine con l'*interdictum demolitorium*, la cui denominazione è già abbastanza esplicativa.

[garanzia per danno eventuale] La *cautio damni infecti* (garanzia per danno eventuale) è una stipulazione pretoria volta a fornire garanzia contro il pericolo che si ha motivo di temere a causa della situazione naturale, o modificata per mano dell'uomo, del fondo vicino. Prestata la *cautio*, se il pericolo si trasforma in un danno, il promittente è tenuto a corrispondere la somma stabilita al proprietario dell'immobile lesionato. Se, non ottemperando all'ordine del magistrato, il *dominus* del fondo da cui si teme pericolo non presta la *cautio*, la controparte viene immessa dal pretore nel possesso *ad interdicta* del fondo stesso (*missio in possessionem ex primo decreto*): in tal modo, se crede – ma non è tenuta a farlo –, può attuare i primi rimedi. Trascorso un anno e persistendo il rifiuto dell'avversario a prestare la garanzia, con un

nuovo decreto il magistrato trasforma la precedente *possessio* con mera difesa interdittale in *possessio ad usucapionem*, che in due anni conduce all'acquisto della proprietà (la *missio in possessionem ex secundo decreto* è valido titolo per l'*usucapio* [§ 7]).

[interdetto *quod vi aut clam*] L'*interdictum quod vi aut clam* (interdetto [dalle prime parole dell'ordine pretorio] “quel che con la violenza o in modo clandestino”) è un rimedio volto a ottenere la restituzione in pristino dell'assetto dei luoghi a carico di chi ha costruito su proprietà altrui contro il divieto di chi era legittimato ad opporsi, o in modo clandestino.

[azione per il regolamento dei confini.] L'*actio finium regundorum* (azione per il regolamento dei confini) è esperibile per una nuova definizione dei confini resi ormai incerti dal tempo, dal mutamento dei luoghi, dall'intervento umano. L'*actio* presuppone fondi *arcifinii*, ossia non divisi da un *limes* sottratto alla proprietà privata (§ 3); con essa – stante la nuova delimitazione che viene operata – risultano possibili aggiudicazioni di strisce di terreno all'uno o all'altro dei proprietari coinvolti nel giudizio, con eventuali obbligazioni di pagare un corrispettivo per l'acquisto.

7. I modi di acquisto della proprietà a titolo originario

[nozione generale] Modi di acquisto della proprietà sono i fatti giuridici, naturali o umani, a cui l'ordinamento ricollega il sorgere della titolarità del diritto medesimo in capo a un soggetto.

[modi di acquisto a titolo originario] Si distingue nell'attuale dottrina tra modi di acquisto a titolo originario e modi di acquisto a titolo derivativo. In ordine ai primi il fondamento dell'acquisto non discende da una precedente titolarità del diritto riferibile a un diverso soggetto, o perché essa manca – caso delle *res nullius* – o perché sul piano causale se ne prescinde.

[modi di acquisto a titolo derivativo] Con riguardo ai modi di acquisto derivativi, la titolarità è conseguita in forza di una trasmissione, volontaria o legale, che priva il precedente *dominus* (detto oggi anche autore, o dante causa) del suo diritto a vantaggio di chi in quella situazione giuridica subentra (successore, o avente causa). Ciò è peraltro possibile solo trattandosi di una titolarità effettiva e nei limiti della stessa: l'acquisto è condizionato all'esistenza in capo all'autore di un valido diritto di proprietà, il quale, dal canto suo, passa al nuovo titolare con tutti i pesi di cui era gravato (si pensi alle servitù, all'usufrutto, alle ipoteche a vantaggio di terzi): “Nessuno può trasmettere ad altri un diritto maggiore di quello che non avesse egli stesso”, precisano le fonti (D. 50.17.54) e a tale principio restano costantemente fedeli. L'esperienza giuridica attuale – in parte discostandosi da quella romana – ammette invero casi di acquisto derivativo *a non domino* (ad esempio, dall'erede apparente a favore del terzo di buona fede [art. 534, secondo comma c.c.]).

La dicotomia ora presentata non trova una puntuale teorizzazione nei testi giuridici romani; essi però in certo modo la implicano, onde sulla medesima fonderemo la nostra trattazione sistematica. Romana è invece la distinzione tra modi di acquisto di diritto delle genti (o naturale) e modi di acquisto di diritto civile: i primi pre-

scindono dallo *status civitatis* del beneficiario, che può essere anche uno straniero e in tal caso otterrà una proprietà conforme al suo diritto, i secondi operano solo a vantaggio di un cittadino romano facendogli conseguire il *dominium* (per un'eccezione, relativa alla *mancipatio*, vedi § 8).

Sul piano dell'individuazione dei singoli modi sussiste un evidente parallelismo di fondo tra i modi originari e quelli di *ius gentium* (o *ius naturale*), da un lato, e tra i modi derivativi e quelli di *ius civile* dall'altro. La coincidenza tuttavia non può dirsi perfetta: l'*usucapio* è (secondo l'opinione preferibile) modo di acquisto originario di diritto civile; la *traditio* è modo di acquisto derivativo di diritto delle genti (o naturale).

[modi di acquisto e contratti] Prima di entrare nella rassegna è opportuno sottolineare un dato di rilievo. Come si è anticipato e meglio si comprenderà in seguito, i modi di acquisto della proprietà possono concretarsi in un fatto naturale (ad esempio, il parto di una giumenta), in un fatto umano considerato però dal diritto alla stregua del primo (i semi altrui diventano di Tizio se immessi nel suo fondo: è a tal fine irrilevante che ciò sia opera del vento o di un uomo), oppure in un atto o in un negozio giuridico. Ebbene, quanto a quest'ultima area, va precisato che – almeno fino all'epoca tarda – non vi rientrano i contratti (cap. VI § 6). Essi dunque esulano dalla categoria dei modi di acquisto della proprietà, ponendosi invece come fonti di obbligazioni (cap. VI § 5): rispetto all'acquisizione della proprietà possono rilevare come causa negoziale giustificativa (vedi in particolare quanto si dirà in tema di *usucapio* e di *traditio* [§ 8]) ma non come matrice diretta. Discorso in buona parte analogo può farsi circa la costituzione di diritti reali parziari.

Sono modi di acquisto originario – e ne tratteremo nel presente paragrafo: l'occupazione, l'invenzione del tesoro, l'accessione, la specificazione, la confusione (e commistione), l'acquisto dei frutti, l'*usucapione* (e la *longi temporis praescriptio*).

Sono modi di acquisto a titolo derivativo: l'*adsignatio*, la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *traditio*, la *adiudicatio*, la *litis aestimatio*, (parametrando specificamente la proprietà quiritaria) le *successiones* civili (eredità, arrogazione, *conventio in manum* di donna *sui iuris*), il legato reale, talune attribuzioni derivanti da legge (come quella dei *caduca* [cap. VII § 2]).

Di *mancipatio*, *in iure cessio* e *traditio* ci occuperemo diffusamente nel paragrafo che segue; quanto ai restanti modi, data la loro più stretta attinenza ad altri settori, il discorso sarà più rapido, concretandosi talora in un mero rinvio a diversi luoghi del testo.

[modi di acquisto originari: a) occupazione] L'occupazione è il modo di acquisto che rivela le radici antropologiche più ancestrali, ricollegabili in particolare alla caccia, alla pesca e alla guerra.

[caccia e pesca] Selvaggina e pesci, *res nullius*, sono di chi li cattura. Se il cacciatore o il pescatore non li priva della vita, essi rimangono in sua proprietà fin tanto che sono bloccati dalla sua custodia: una volta che dalla stessa evadono ritornano, in virtù della loro indole, cose di nessuno, di nuovo passibili di occupazione. Il selvatico è acquisito soltanto allorché viene preso: vi fu chi sostenne che bastava infliggergli una ferita tale da impedirne una valida fuga e non desistere dall'inseguimento.

Se, ricorrendo i due presupposti, un soggetto diverso avesse catturato e tenuto per sé l'animale – trattandosi di cosa privata – avrebbe, secondo tale teoria, commesso furto. Questa tesi però non prevalse: “molti eventi possono capitare sì che non lo si prenda”, concludono realisticamente le fonti (D. 41.1.5.1, di Gaio; I. 2.1.13).

Il proprietario del fondo può impedire l'accesso ai cacciatori, ma ciò non rende la selvaggina che lì vive o che lo sorvola una cosa privata: è sempre dell'occupante, eventualmente trasgressore del divieto.

[guerra] Occupabili in età risalente sono anche il nemico sconfitto in guerra, che diventa servo del vincitore, e le cose che gli appartengono. In epoca successiva prigionieri e bottino vanno allo Stato: suscettibili di acquisto privato restano, in territorio romano, i beni dello straniero al cui popolo si è dichiarata guerra.

Trattandosi di cose di nessuno, come animali selvatici e pesci, si acquistano per occupazione anche l'isola nata nel mare – può pensarsi a un fenomeno vulcanico, ipotesi rarissima (ma un caso è attestato); quella nata nel fiume (e così l'alveo abbandonato dallo stesso) se – e solo se – i fondi frontisti siano *limitati* in corrispondenza delle rive; le cose preziose (perle, gemme, coralli) trovate sul lido del mare e restituite dal suo fondo organico; le *res nec Mancipi* abbandonate, della cui proprietà il titolare ha inteso disfarsi (*res derelictae*).

[cose abbandonate] Quanto a queste ultime, prevalse la soluzione per cui esse diventano occupabili al momento dell'abbandono. Se siano *Mancipi*, la regola parrebbe diversa: la *derelictio* di per sé non ne causa la perdita, onde chi se ne impossessa può acquistarle solo decorso il tempo necessario all'usucapione, come si trattasse di una *traditio* a persona incerta (§ 8). Poiché in età giustiniana la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* cade, l'acquisto delle une e delle altre avviene per occupazione (I. 2.1.47).

[b) tesoro] Un modo di acquisto a titolo originario che, valutato nel suo assetto maturo, risente insieme dei principi sottesi all'occupazione e all'accessione (oltre) è quello relativo al tesoro. Tesoro, come si desume da una celebre definizione di Paolo (D. 41.1.31.1) è un bene mobile prezioso nascosto da gran tempo, sì che risulta ormai impossibile risalire al proprietario.

Non è del tutto agevole determinare le regole giuridiche di tale acquisto prima dell'intervento di Adriano (117-138 d.C.), che pose alcuni punti fermi, ribaditi poi nel finale regime giustiniano. In base a quest'ultimo (I. 2.1.39), il tesoro trovato in fondo proprio spetta all'inventore, e lo stesso dicasi in caso di ritrovamento fortuito – ossia senza un preventivo mandato alla ricerca – in terreno sacro o religioso (che non comunica tale valenza ai preziosi ivi seppelliti). Rinvenuto in un luogo altrui (privato, del principe, del fisco, di una città) sempre fortuitamente, si divide a metà fra scopritore e proprietario del suolo (privato o pubblico).

[c) accessione] L'accessione presuppone l'incorporarsi di una cosa in un'altra di maggiore rilevanza economico-sociale e porta all'acquisto della prima (o del complesso unitario) in capo al proprietario del bene principale. Per ragioni di opportunità didattica, e conformemente a un'opzione assai diffusa nella manualistica, ri-comprenderemo sotto il comune denominatore dell'accessione anche gli incrementi fluviali, che i testi romani tengono in realtà distinti, ma il cui regime si rivela par-

tecipe della medesima *ratio* sottesa alle altre figure.

[di immobile a immobile (incrementi fluviali):] Stando all'indicata prospettiva, concretano casi di accessione di immobile a immobile quattro eventi, enucleati come tipici, legati alla vita dei fiumi.

[alluvione] Per alluvione (*alluvio*) il proprietario del fondo rivierasco acquista l'incremento derivante dall'impercettibile deposito di detriti e terriccio lungo la fascia costiera.

L'avulsione (*avulsio*) presenta invece caratteri di immediata evidenza: una porzione più o meno ampia di terreno a monte viene staccata dall'impeto delle acque e addossata alla sponda di un fondo a valle appartenente a diverso proprietario. L'acquisto da parte di quest'ultimo non avviene subito, ma soltanto in seguito alla salda coesione fra le due terre resa palese dal fatto che gli alberi dell'una hanno esteso le loro radici anche all'altra. Prima che ciò si verifichi il proprietario del podere superiore può esperire la rivendica ed evitare così la perdita.

[isola nata nel fiume] L'isola nata nel fiume (*insula in flumine nata*), se i fondi sotto riva non siano *limitati* (vedi poco sopra), è acquisita dai proprietari dei terreni frontisti. Per attuare la divisione tecnica si traccia la linea mediana del corso d'acqua, quindi si abbassano le perpendicolari alla medesima dai punti di confine: ciò determina le singole frazioni di spettanza, tanto più cospicue, dunque, quanto più prossima è l'isola e più esteso il prospetto del fondo sul fiume.

[alveo abbandonato.] L'alveo abbandonato dal fiume (*alveus derelictus*), che prende a scorrere in diversa direzione, appartiene ai titolari dei fondi rivieraschi e si ripartisce secondo gli stessi criteri indicati per l'isola. La proprietà del terreno stabilmente occupata dal nuovo corso è perduta: il fondo perisce e sul piano giuridico diviene cosa pubblica (§ 2).

[di mobile a immobile:] Veniamo ora ai casi di accessione di mobile a immobile, a base della quale sta il principio *superficies solo cedit* (§ 3), chiarissimo indice della prevalenza della proprietà fondiaria.

Si distinguono tre figure: semina (*satio*), piantagione (*implantatio*), edificazione (*inaedificatio*).

[semina] Il proprietario del suolo acquista i semi immessi nel proprio terreno (è incerto se anche prima del loro germogliare).

[piantagione] Nel momento in cui questa abbia attecchito acquista inoltre la pianta altrui posta sulla propria terra. Semina e piantagione operate consapevolmente su suolo altrui non danno luogo ad alcuna rifusione per il loro autore, che così arricchisce il proprietario del fondo. Se chi le operò in buona fede è in possesso del terreno, può paralizzare con l'*exceptio doli* la rivendica del *dominus* che non intenda rimborsargli le spese; in caso che non possieda, può esperire un'*actio in factum*.

[edificazione] L'*inaedificatio* presenta caratteri in parte diversi.

Si tratta della costruzione realizzata con materiali di proprietà di un soggetto diverso dal titolare del suolo. Conviene distinguere due casi: a) costruzione operata dal proprietario del terreno (o da un terzo) con materiali non suoi; b) costruzione operata dal proprietario dei materiali su terreno altrui.

Stante la comune regola per cui cosa principale è il suolo cosa accessoria il mate-

riale, nella prima ipotesi (a) l'edificio nel suo complesso appartiene al proprietario del fondo, ma al contempo il proprietario di assi e mattoni non perde a causa dell'incorporazione il suo diritto, che resta quiescente, nel senso che finché sussiste la coesione edilizia è precluso lo scorporo; tuttavia, crollato per qualsiasi altra ragione l'edificio, la sua proprietà “si risveglia” e gli è consentito agire in rivendica.

Entrano in gioco due rilevanti direttrici: il dogma *superficies solo cedit* fa sì che i materiali siano funzionalmente sacrificati all'immobile; vi si aggiunge, inoltre, la protezione della struttura abitativa da interventi esterni che ne implicherebbero la demolizione. Tutto ciò prevale sulla pur giustificabile tutela di chi dei propri materiali si trova effettivamente privato. Peraltro, avvenuto lo scorporo di questi ultimi per cause di diversa natura, non c'è più ragione di impedire al loro proprietario la concreta realizzazione del suo diritto.

[(edificio come cosa composta)] D'altronde nell'ambito delle cose composte (§ 2) la proprietà dell'insieme unitario non implica necessariamente identico diritto sulle singole parti, e lo stesso può dirsi circa il possesso: il che è di ostacolo all'*usucapio* a favore del *dominus soli* eventualmente in buona fede (ossia che abbia creduto suoi i materiali di cui si valeva).

[(*tignum iunctum*)] Queste le linee di fondo. Più in particolare, una norma della legge delle XII tavole vietava di togliere la trave inserita nell'altrui edificio o il palo posto a sostegno dell'altrui vigna (tutela della coltura vinaria) una volta che fossero diventati parte integrante degli stessi (*tignum iunctum*: termine poi esteso a ricomprendere ogni sorta di materiale da costruzione).

Il proprietario del *tignum* aveva un'azione penale nel doppio (*actio de tigno iuncto*, forse sul presupposto di un'asportazione furtiva del legno) contro chi lo aveva incorporato e poteva altresì pretendere un corrispettivo dal *dominus* dell'edificio o della vite, perché egli fruiva nel frattempo del suo materiale. Tali norme non mutano in età successiva: solo, in diritto giustiniano l'*actio de tigno iuncto* perde la sua valenza penale e si pone in concorso alternativo con la rivendica (sempre sul presupposto del collasso dell'edificio).

Nella seconda ipotesi (b: costruzione su suolo altrui con materiali propri), il proprietario del terreno acquista i materiali anche singolarmente considerati se il costruttore era in mala fede, ossia sapeva di non edificare sul proprio. In questo – e solo in questo – caso si realizzano pertanto i medesimi effetti già visti per semina e piantagione. Qualora invece il costruttore sia in buona fede si ricade in buona sostanza nell'ipotesi a: proprietà del *tignum* quiescente e possibilità di rivendica solo una volta avvenuto per altra via lo scorporo. Peraltro, se in possesso del fabbricato, chi lo edificò può respingere con l'*exceptio doli* la rivendica del proprietario del suolo che non intenda corrispondergli il valore dei materiali e la mercede pagata ai muratori.

[di mobile a mobile:] Infine, accessione di mobile a mobile si ha nella saldatura a fusione (*ferruminatio*), nella scrittura (*scriptura*), nella tessitura (*textura*), nella tintura (*tinctura*), nella pittura (*pictura*).

[saldatura a fusione] La *ferruminatio* è un particolare procedimento tecnico in cui interviene fusione metallica. Se in tal modo a un oggetto (poniamo una statua di

bronzo) viene aggiunta una parte strutturale di identica composizione chimica (ad esempio, un braccio della stessa lega), il proprietario della cosa principale lo diventa anche di quella accessoria, che si reputa aver fatto con la prima un tutt'uno inscindibile. **[(piombatura)]** (Caso diverso è quello della *plumbatura*, tecnica di saldatura con collante: il *dominus* della cosa principale acquista l'intero, ossia la *res* composta, ma non la parte singola, che stavolta – a differenza di quanto accade per l'*inaedificatio* – può essere pretesa dal titolare in rivendica).

[scrittura] Nella *scriptura* l'inchiostro, ancorché magari prodotto con polvere d'oro, accede al supporto cartaceo. **[tessitura]** Analogamente, nella *textura* i fili accedono al tessuto in cui siano inseriti **[tintura]** e nella *tinctoria* il colore accede al drappo. Né, di nuovo, rileva che quelli e questo, per essere magari di porpora, risultino più preziosi della trama.

[pittura] Viceversa, nella *pictura* (dipinto su tavola o tela, non – si badi – affresco sempre accessorio rispetto al muro) la regola appare capovolta. Secondo la teoria dei Proculiani, che poi prevalse, è la struttura di supporto che accede al dipinto: in questo campo è riuscita dunque ad imporsi la (tendenziale) sproporzione tra il valore della tavola (o della tela) e quello dell'opera realizzata sulla stessa.

[d) specificazione] Ricorre specificazione allorché un soggetto con materia altrui produce un bene che ha una diversa destinazione economica: con uva vino, con olive olio, con lana una veste, con metallo un vaso, ecc.

L'appartenenza della nuova *species* fu a lungo dibattuta, riservandola i Sabiniani al proprietario della materia, i Proculiani all'artefice. Il ragionamento dei primi si incardinava sul dato strettamente eziologico: senza materia nessuna *species* si può realizzare; quello degli altri sulla valorizzazione della novità: la cosa di cui si discute, stante la premessa, prima non c'era; a chi attribuirla dunque se non all'artefice che le ha dato vita?

Intervenire in seguito una fortunata opinione intermedia, che attribuiva il prodotto al titolare della materia se alla medesima, con processo reversibile, si poteva ritornare (ad esempio, vaso di metallo); all'artefice nell'evenienza contraria (si pensi a vino e olio). Giustiniano la conferma (I. 2.1.25), aggiungendo tuttavia che in entrambe le ipotesi la proprietà spetta all'artefice qualora egli abbia in parte impiegato materia propria.

[e) confusione...] Confusione (*confusio*) è la mescolanza di liquidi, ivi compresi i metalli in fusione, appartenenti a proprietari diversi: sia volontaria sia casuale, la titolarità del complesso è comune in ragione delle rispettive quote; a meno che, per essere facilmente separabili, le singole sostanze non conservino ciascuna la propria individualità, e quindi l'appartenenza di origine. **[... e commistione]** Commistione (*commixtio*) è la mescolanza di sostanze solide in polvere o a grani che si comportano pressoché come liquidi (sale, farina, frumento, ecc.): vale la regola precedente se le masse sono state unite volontariamente dai loro proprietari, altrimenti non si ha comunione e ciascuno può rivendicare il suo.

[f) acquisto dei frutti:] Veniamo all'acquisto dei frutti (§ 2). Come si è anticipato, finché attaccati alla cosa madre o in essa inglobati, essi fanno parte della medesima e non sono suscettibili di appropriazione autonoma.

[separazione] Ciò si rende invece possibile al momento della separazione che, dal canto suo, in determinate situazioni giuridiche è pure sufficiente a determinare l'acquisto: il proprietario, il possessore di buona fede, il titolare del *ius in agro vectigali* e (nel diritto tardo) l'enfiteuta (§ 12) diventano padroni dei frutti allorché questi si staccano, naturalmente o per intervento umano, dalla cosa madre.

[percezione.] Ai titolari di altre situazioni giuridiche si richiede invece l'ulteriore elemento della percezione: debbono cioè manifestare in concreto la volontà di farli propri (distacco diretto dalla pianta, presa d'atto del parto di una giumenta, ecc.). Si tratta dell'usufruttuario, dell'usuraio (nella limitata misura in cui gli è dato appropriarsi dei frutti), del creditore pignoratizio (vale identica riserva), del conduttore. La distinzione tra i due momenti di acquisto è rilevante pure sul piano pratico perché in queste ultime ipotesi i frutti dell'intervallo tra separazione e percezione (qualora ovviamente le stesse non coincidano) appartengono al proprietario della cosa madre; onde, ad esempio, in caso di morte dell'usufruttuario i *fructus separati* ma non ancora *percepti* non spettano al suo erede, bensì al titolare della proprietà.

[g] usucapione L'ultimo modo di acquisto di cui dobbiamo occuparci in questo paragrafo è l'usucapione (*usucapio*). Certa – in quanto attestata dalle fonti – la sua natura di istituto di diritto civile romano, non del tutto pacifica invece la sua ascrizione teorica al novero, elaborato peraltro dai moderni, dei modi di acquisto originari: quest'ultima è comunque la scelta a nostro avviso preferibile.

I testi, compresi quelli letterari, sono concordi nel giustificare l'introduzione della *usucapio* con la necessità di dare certezza ai rapporti giuridici, togliendo così alle liti motivo di insorgere e protrarsi (Cicerone, *Pro Caec.* 26.74; Gai. 2.44; D. 41.3.1, di Gaio; D. 41.10.5 pr., di Nerazio). Non sembra il caso di dubitarne, specie se si pensa che la prova del *dominium* acquistato non a titolo originario da chi lo invoca dovrebbe fondarsi su una successione di validi titoli in capo ai precedenti autori in un percorso a ritroso virtualmente senza fine (la *probatio diabolica* dei giuristi medievali): l'usucapione permette di stabilire un punto fermo oltre il quale in ogni caso non occorre andare. E questo punto fermo consiste nell'aver posseduto in buona fede e in base a un titolo idoneo una cosa suscettibile di *dominium* per un determinato periodo di tempo (*usucàpere* = acquistare [*càpere*] tramite il possesso [*usus*]). Fornita tale prova la questione può dirsi chiusa, perché proprietario è colui che si trova ad essere il referente di quei presupposti. Stiamo tuttavia parlando – giova precisarlo – dell'usucapione matura; in antico a dire il vero qualche differenza rispetto al predetto schema di requisiti può ragionevolmente presumersi.

[regime delle XII tavole] Della *usucapio* certamente si occupava la legge delle XII tavole, e lo faceva sotto due diversi aspetti, di cui l'uno appare evidente corollario dell'altro.

Fissava innanzitutto, forse ribadendo *mores* anteriori, il termine di un biennio per il possesso utile delle *res soli* (così Gai. 2.54: *res soli* sono le cose inerenti al suolo; stando a Cicerone tuttavia l'antico codice avrebbe parlato soltanto dei fondi, non anche delle case, assimilate ai primi in età successiva [*Topica* 4.23; *Pro Caec.* 19.54]), di un anno per le *ceterae res* (tutte le altre cose: il che giustificava l'acquisto su base annua di poteri personali come la *manus* [cap. II § 8] e di beni complessi come l'*here-*

ditas [oltre] che a quest'ultimo ambito delineato in negativo finivano per essere ricondotti).

[(*auctoritas* nella *mancipatio*)] La stessa legge stabiliva cosequenzialmente che l'obbligazione dell'*auctoritas* a carico di colui che mancipava una *res* (come vedremo [§ 8], la *mancipatio* è in origine una compravendita a contanti) si protrae per due anni trattandosi di un fondo, per uno in rapporto alle *ceterae res*. Il motivo è chiaro: dopo il periodo in questione, il possessore di una cosa acquistata da chi non era proprietario – e quindi non poteva trasmettergli il *dominium* –, facendola propria in virtù dell'*usucapio*, non corre più rischi di evizione, cioè di essere privato del bene da parte del vero titolare. Ne consegue che l'alienante è tenuto a garantire l'acquirente contro tale evenienza per due anni se mancipato fu un immobile, per un anno negli altri casi. Ma ne deriva anche un dato ulteriore: poiché l'acquirente straniero non può valersi dell'*usucapio*, che è istituto di diritto civile romano, nei suoi confronti la garanzia (relativa a una pacifica disponibilità del bene) non ha scadenza: *adversus hostem aeterna auctoritas* (“perpetua la garanzia verso lo straniero”), sancisce il testo decemvirale (tab. VI.4; Cicerone, *De off.* 1.12.37).

Restando ancora in tema di usucapione arcaica, è dubbio se fosse richiesto il requisito della buona fede, ossia, come appare confermata in età classica, della convinzione di non ledere l'altrui diritto.

In proposito sappiamo che la legge delle XII tavole escludeva l'usucapione delle cose rubate (*res furtivae*): è da ritenersi sia ad opera del ladro sia degli acquirenti da questo, ancorché in buona fede; divieto poi ribadito dalla *lex Atinia* (inizi del II secolo a.C.), alla quale va ricollegata l'ammissibilità della *usucapio* una volta che il vizio inerente al bene si sia purgato tornando il medesimo in possesso del derubato (ma la giurisprudenza richiese la *reversio* al proprietario: sempre, si intende, che il ladro non sia lui stesso [furto di cosa propria: cap. VI § 18]).

Il fatto che l'antico codice vietasse l'usucapione a favore del ladro indica chiaramente come non ogni atteggiamento soggettivo che accompagna la *possessio* venisse ritenuto idoneo a fondare l'acquisto; non prova però che già allora fosse necessaria la buona fede, perché se è vero che l'autore del furto è sempre in mala fede, è altrettanto evidente che il possessore in mala fede non sempre si identifica, in quanto tale, in un ladro.

[usucapioni in mala fede:] Piuttosto potrebbe indurre, sia pure con cautela, alla conclusione di cui sopra l'esistenza ancora in età classica di due forme di usucapione certo di origine risalente, fondate proprio su un possesso in mala fede. Esse ai giuristi del principato apparivano anomale, ma non è da escludersi che si tratti di due residui di una tipologia di acquisto in antico più ampia e uniforme: parliamo dell'*usucapio pro herede* (usucapione a titolo di erede) e dell'*usureceptio* (letteralmente: riacquisto tramite possesso).

[usucapione a titolo di erede (*pro herede*)] In tempi ormai lontani dalla sua origine, l'*usucapio pro herede*, proprio per il fatto di giovare a un possessore eventualmente in mala fede, viene definita da Gaio (2.55, 56) *lucrativa* e *improba* al tempo stesso, ovvero fonte di un lucro ingiusto.

[(eredita giacente)] Tale *usucapio* era possibile con riferimento all'eredità giacente,

cioè priva di un attuale titolare. Come vedremo (cap. VII § 2), in presenza di un *heres necessarius* non può darsi giacenza del compendio ereditario perché quello, lo voglia o no, acquista l'*hereditas* nel momento in cui la successione si apre. Vi sono invece eredi, gli *heredes extranei*, che per l'acquisto debbono compiere un atto di accettazione: ecco allora che nelle more tra apertura della successione e accettazione della medesima l'eredità risulta priva di un referente. Può pertanto essere posseduta da un soggetto – ancorché in mala fede – e in questo modo usucapita nel termine di un anno, non rilevando che in ipotesi essa comprenda anche fondi e case: è l'*hereditas* stessa che si acquista, in quanto rientrando fra le *ceterae res* della norma decemvirale.

L'usucapione dell'eredità avviene nella pratica attraverso il possesso di singole cose che ne fanno parte, e – così per noi è da credersi – comporta in capo al soggetto che la compie l'assunzione del titolo di erede con tutte le conseguenze dallo stesso implicate (cap. VII § 2). È anche opportuno ricordare che l'acquisto patrimoniale non necessariamente coincide col compendio in essere al momento dell'apertura della successione, perché l'eredità giacente subisce incrementi e diminuzioni – esempio dei primi: frutti delle cose ereditarie, acquisti dei servi che ne fanno parte; esempio delle seconde: perimento di schiavi o animali – che sono imputati a tale entità unitaria (la quale, lo abbiamo visto, si comporta come una *universitas*).

In un passo peraltro di interpretazione controversa, Gaio (2.55) spiega che l'*usucapio pro herede* era stata ammessa per sollecitare l'adizione delle eredità, ai fini ulteriori di assicurare la prosecuzione dei *sacra* e, sul piano patrimoniale, di permettere ai creditori del defunto di conseguire quanto loro dovuto. Tuttavia all'epoca dell'istituzionista classico tale genere di usucapione anomala era sostanzialmente uscito di scena: da tempo, intanto, essa era diventata un modo di acquisto non dell'eredità in sé ma limitato ai singoli beni posseduti; inoltre un senatoconsulto adrianeo aveva dato all'erede la possibilità di intentare l'*hereditatis petitio* contro l'autore dell'*usucapio* revocandone gli effetti. Marco Aurelio, forse riconoscendo una prassi della *cognitio*, andò oltre, trattando l'impossessamento in mala fede di beni ereditari alla stregua di un delitto pubblico (*crimen expilatae hereditatis* [crimine di saccheggio di eredità]). In nessuna epoca fu però ammessa l'azione di furto, perché quelli dell'eredità giacente erano ritenuti beni senza padrone.

[usurecezione] L'usurecezione era legata da un lato alla *fiducia*, dall'altro alla *praediatura*. Della prima tratteremo ampiamente in seguito (cap. VI § 7), la seconda figura è ai nostri fini di scarso rilievo – si tratta peraltro della vendita da parte dello Stato di un fondo su cui grava ipoteca a suo favore: basti qui dire che in forza di *usureceptio* soggetti che hanno ceduto (o comunque perduto) la proprietà di un bene, possedendo lo stesso ancorché in mala fede – cioè ben sapendo che non è (più) loro – lo riacquistano (sempre in un anno in connessione con la *fiducia*; in due in caso di *praediatura*).

[requisiti dell'usucapione:] Questo per quanto concerne il quadro arcaico. Con riferimento all'età preclassica avanzata e all'età classica, l'*usucapio* richiede cumulativamente i requisiti elencati all'inizio del paragrafo: idoneità della cosa, titolo, buona fede, possesso, decorso del tempo.

[idoneità della cosa] In generale non sono suscettibili di usucapione le cose *extra commercium*, nonché i fondi provinciali, le cose furtive (nel senso già visto e salva *purgatio*) e quelle oggetto di impossessamento violento (per la *lex Plautia* e una *lex Iulia*, entrambe del I secolo a.C.). In antico è possibile l'*usucapio* delle servitù, in quanto come vedremo, considerate come frazioni dominicali di un fondo: l'evoluzione giuridica successiva, ravvisandovi il carattere di cose incorporali, esclude la predetta ipotesi (il divieto è sancito dalla *lex Scribonia* della metà del I secolo a.C.). Norme più particolari negano, ad esempio, l'usucapibilità delle *res Mancipi* alienate dalla donna senza l'autorizzazione del tutore agnato (Gaio [2.47] ricollega il divieto alle XII tavole), nonché del fondo italico dotale venduto dal marito senza l'assenso della moglie: non si tratta dunque di cose rubate, ma di beni di cui ha disposto chi non aveva legittimazione a farlo con danno di interessi "forti" specificamente tutelati anche in questa direzione.

[titolo (*iusta causa*)] Titolo, o *iusta causa* (*iusta* = conforme al diritto), è la ragione economico-sociale che, come nella *traditio* (§ 8), l'ordinamento considera giustificativa in ordine all'acquisto: si tratta in realtà di un requisito non sempre scindibile da quello della buona fede, anche se teoricamente dovrebbe porsi su un piano parallelo al primo, valendo a dimostrare su un piano oggettivo quell'assenza di lesione connessa all'acquisto del possesso sul bene che la *bona fides* focalizza dal versante soggettivo. La questione è però complicata dal fatto che in taluni casi viene giudicato idoneo il titolo putativo, ossia solo ritenuto sussistente.

[(rassegna di *iustae causae*)] Le *iustae causae* dell'*usucapione* di cui è traccia nelle fonti sono più numerose di quelle (che vedremo) relative alla *traditio*, non trattandosi soltanto di titoli negoziali (la *causa credendi* – legata al mutuo – è tuttavia peculiare alla *traditio*). Si possono qui allineare i seguenti titoli: *pro emptore* (da compravendita): il compratore ha ricevuto da parte di chi non era proprietario, ovvero ha ricevuto per *traditio* (o per *mancipatio* invalida) una *res Mancipi* (si è visto in proposito come il codice decemvirale ricollegghi all'*usucapio* una funzione di sanatoria nei riguardi dell'acquisto da non proprietario; ben presto peraltro identico ruolo le fu riconosciuto in ordine al vizio inerente al trasferimento della *res*); *pro donato* (da donazione): valgono, con gli ovvi adattamenti, gli esempi di cui sopra; *pro dote* (da costituzione di dote): nel Digesto manca un titolo con questa rubrica, ma la giurisprudenza classica ammetteva che si potesse usucapire la cosa oggetto di un'obbligazione di *dare* effettivamente esistente o anche solo per errore ritenuta tale dalle parti (D. 41.3.46, di Ermogeniano); *pro derelicto* (da abbandono): un soggetto si impossessa di una *res Mancipi* di cui il proprietario ha inteso disfarsi (le *res nec Mancipi* in età classica si acquistano in questo caso per occupazione); *pro suo* (autonomo): titolo invero di non agevole ricostruzione, che forse si riferisce a cause residuali in cui un soggetto si trova senza lesione in possesso di un bene altrui. Sono altresì titoli validi ai fini dell'*usucapio* talune forme di immissione nel possesso in virtù di un provvedimento magistratuale, come la *bonorum possessio* (cap. VII § 3) e la *missio in possessionem ex secundo decreto* (§ 6).

[buona fede] Buona fede (*bona fides*) è l'elemento di carattere soggettivo che attribuisce all'acquisto del possesso la coloritura dell'onestà. Essa può dirsi sostanzial-

mente, come abbiamo accennato, la convinzione di non ledere l'altrui diritto: o perché chi si è impossessato del bene si reputa proprietario del medesimo o perché, pur sapendo che la cosa non è sua, sa, ad esempio, di avere dalla propria parte l'autorità (si pensi alla *missio in possessionem ex secundo decreto*, alla *bonorum possessio* di chi non è al contempo erede civile, ecc.). Il requisito in parola deve sussistere nel momento in cui il possesso incomincia: non rileva che in seguito possa venire meno, per cui anche un possesso di mala fede, purché non nato come tale, conduce all'usucapione.

[possesso] Per quanto concerne il possesso, meglio si vedranno le caratteristiche di questa signoria di fatto nel paragrafo specifico che le è dedicato (§ 14). Basti qui dire che deve trattarsi di *possessio proprio nomine*, ossia con atteggiamento di proprietario.

[decorso del tempo.] Anche del tempo necessario all'*usucapio*, fissato dalla legge delle XII tavole, si è già parlato. Può aggiungersi che l'erede può sommare al proprio il possesso del defunto, e così, a partire dal III secolo d.C., l'acquirente per atto tra vivi con riferimento al suo autore. Se il possesso viene, per varie cause, perduto, l'usucapione è interrotta (*usurpatio*) e il tempo deve ricominciare a decorrere da capo a *possessio* eventualmente riacquisita (sempreché in buona fede, in quanto si tratta di nuovo inizio).

[h) *praescriptio longi temporis*] Come abbiamo detto, tramite usucapione possono acquistarsi gli immobili quasi esclusivamente in suolo italico. Le finalità e gli effetti dell'istituto non si esplicano dunque (salvo *ius Italicum*) con riguardo alle terre provinciali, che pure, nel diritto classico, integrano la stragrande maggioranza dei possedimenti privati.

D'altra parte, l'universale estensione della cittadinanza romana operata dall'Editto di Caracalla aveva consentito ormai alla generalità dei beneficiari l'acquisto per usucapione sotto il profilo del requisito personale ma non aveva potuto incidere sul problema in parola che invece attiene all'idoneità specifica della cosa. Idoneità che continuava a far difetto.

Proprio in questo turno di tempo tuttavia penetra in forma ufficiale nel contesto delle norme giuridiche romane un tipo di tutela a vantaggio di chi per lungo tempo abbia posseduto in base a un giusto titolo un fondo, senza che chi aveva la possibilità di querelarsi lo abbia fatto.

[origine] Le origini dell'istituto sono ellenistiche e vanno individuate nella “*paragrafé*” greca: una sorta di eccezione che si oppone contro colui che, rimasto inerte per dieci anni tra presenti (ossia in una relazione di vicinanza logistica) o per venti tra assenti (nel caso opposto), intende ora far valere un diritto che il suo lungo silenzio e la sua inattività fanno presumere oggetto di rinuncia.

[differenze rispetto all'usucapione] Mentre dunque l'*usucapio*, giusta l'etimologia del vocabolo da noi isolata nei due termini che lo compongono, è un “acquisto mediante possesso”, la *praescriptio longi temporis* – questo è il nome che viene ad assumere l'istituto di cui ci stiamo occupando – muove dal dato di un comportamento inattivo del titolare, per cui – detto in termini semplici – non si tratta tanto di un acquistare da parte del possessore, quanto piuttosto di un non poter più difendere la pro-

pria situazione giuridica da parte dell'originario titolare. L'*usucapio* pertanto, come sappiamo, trasforma il possesso in proprietà quiritaria, la *longi temporis praescriptio* conferisce invece una difesa al possessore che gli permette di prorogare senza disturbo il suo rapporto con il bene.

Si comprende inoltre come il differente angolo visuale faccia sì che, più che gli elementi che caratterizzano il possesso del convenuto in giudizio – in particolare la buona fede –, si focalizzino i caratteri che deve rivestire l'atteggiamento silente del titolare. Ciò nonostante, il requisito della buona fede iniziale sembra fin dall'origine richiesto anche con riguardo alla figura di acquisto che si va affiancando all'*usucapio*.

[regime giustiniano] Giustiniano, in un'epoca in cui l'uniformità del regime giuridico tra suolo italico e suolo provinciale è ormai completamente raggiunta (§ 5), rende operante la *longi temporis praescriptio*, con i termini che le conosciamo, in rapporto a ogni fondo situato nell'impero. L'*usucapio* resta con riferimento ai beni mobili, ma la durata del tempo necessario è ora elevata da uno a tre anni (C. 7.31.1, del 531; I. 2.6 pr.).

[prescrizioni trentennali e quarantennali (*longissimi temporis*)] Sulla nostra problematica si riflette inoltre la più lunga prescrizione trentennale introdotta per le azioni di qualunque genere da Teodosio II (cap. III § 13): dopo trent'anni di inerzia, l'azione di rivendica da parte del proprietario non è più esperibile; ne consegue che pure un possessore in mala fede e/o senza giusta causa non può essere disturbato. Accanto alla *longi temporis praescriptio* si delinea così una *longissimi temporis praescriptio* che prescinde dai requisiti di cui sopra. Prescrizione (*longissimi temporis*) ancora più estesa, e precisamente quarantennale, è prevista per altri casi speciali: in particolare, nel diritto delle Novelle, qualora la si debba far valere contro chiese o venerabili luoghi. Nemmeno per questa sono necessarie buona fede e/o giusta causa.

8. I modi di acquisto della proprietà a titolo derivativo

[a] *adsignatio*] Alla *adsignatio*, modo di acquisto della proprietà fondiaria legato alla attribuzione ai privati di appezzamenti di *ager publicus*, abbiamo già avuto occasione di accennare (§ 3).

[b] *mancipatio*] Un discorso un po' più articolato deve riservarsi alla *mancipatio*, benché per vero il suo nome sia finora comparso varie volte e pure in un paragrafo a questo contiguo con riguardo alla tematica delle *res Mancipi*, alla quale dunque rinviamo per quanto di attinenza (§ 2).

Gaio (1.113 e 119) definisce la *mancipatio* (detta in antico *mancipium*) una sorta di fittizia vendita (*imaginary quaedam venditio*), in tale guisa peraltro il nostro negozio poteva qualificarsi non solo nell'età degli Antonini, ma con riferimento retrospettivo a un arco di tempo assai esteso.

[origine...] Nata come compravendita a contanti in un'epoca in cui il metallo-moneta non si contava ma si misurava a peso contestualmente alla trasmissione del bene, essa produceva effetti reali, ossia trasferiva la proprietà quiritaria, in ordine a

quelle cose (le *res mancipi*) che per la rilevanza economico-sociale di cui si è detto richiedevano nei passaggi da un titolare all'altro una forma di pubblicità determinata dalla presenza di un nucleo, sia pure ristretto (testimoni e *libripens*), della comunità cittadina.

[... e evoluzione] In progresso di tempo e col diffondersi della moneta coniatata, dotata cioè di valore nominale, la struttura dell'atto mancipatorio divenne una finzione ed esso fu adibito a trasmettere la proprietà – in base ora a diverse cause (compravendita, donazione, dote, ecc.) – di quella particolare e ristretta tipologia di beni, che dal canto suo ne rimase come sappiamo l'unica suscettibile.

[astrattezza] La *mancipatio* nella veste a noi nota è tuttavia, giova ricordarlo, un negozio astratto, nel senso che i suoi effetti sul piano del diritto civile sono indipendenti dalla contingente sussistenza di una causa: realizzato l'atto in forma ritualmente corretta, il *dominium* – sempre che esso sussista in capo all'alienante e/o egli si trovi legittimato a trasferire il bene – passa senz'altro all'acquirente. Mediante *condictio* (se il possesso fu trasferito) o *exceptio* (da opporsi, nel caso contrario, alla rivendica del *mancipio accipiens*) è dato rimediare agli inconvenienti di cui sopra, ma ciò, lungi dallo smentirlo, vale proprio a confermare quanto ora detto.

Mette pure conto in questa sede ribadire la natura di *actus legitimus* (cap. IV § 2) riconoscibile alla *mancipatio*. Come del resto ci è in gran parte nota la sua idoneità in ordine al conseguimento di effetti diversi dalla trasmissione del *dominium*: si allude in particolare alla disposizione testamentaria del patrimonio (*mancipatio familiae, testamentum per aes et libram* [cap. VII § 3]), nonché al mutamento in varia direzione di *status* personali di soggetti liberi (*adoptio* [cap. II § 13], *coemptio* [cap. II § 8], *noxae datio* [cap. II § 6], *emancipatio* [cap. II § 6]).

La *mancipatio* peraltro non risulta nell'esperienza arcaica il solo atto librare, cioè compiuto “per rame e bilancia” nel modo che vedremo: lo erano anche il *nexum* e la *solutio per aes et libram* (cap. VI §§ 1 e 25). Gli ultimi due appaiono tuttavia meno diffusi e longevi: il *nexum* in particolare non sopravvive a lungo all'emanazione della *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C., la *solutio* librare, pur destinata a durare assai di più, sembra essere uscita di scena in epoca anteriore.

[rituale mancipatorio] Il rito della *mancipatio* dell'età classica tradisce ancora in forma palese le sue origini di compravendita a contanti. Alla presenza di almeno cinque cittadini romani puberi e di un *libripens* (pesatore munito di stadera) di analoga condizione, il *mancipio accipiens* (l'acquirente) con la mano posata sull'uomo o l'animale oggetto del negozio – i fondi all'epoca in cui scrive Gaio (1.121) si mancipavano anche non sul luogo – così si esprime: “Io quest'uomo [l'esempio riguarda un servo] affermo che è mio per diritto dei Quiriti e mi sia comprato con questo rame e questa bilancia di bronzo”. Quindi con un frammento di metallo grezzo percuote la bilancia come in una simbolica pesatura e lo porge infine a mo' di prezzo al *mancipio dans* (l'alienante). È appena il caso di rilevare che il frammento di rame (il *raudusculum*) è in realtà la “larva” degli antichi pani metallici un tempo effettivamente pesati sulla stadera. È del pari evidente che la *vindicatio* di chi riceve la cosa è qui del tutto pacifica – egli infatti, disposto a pagare subito, conta sull'assenso dell'alienante –, e non bellicosa e “armata” come nella *legis actio sacramento in rem* (cap.

III § 3).

Quella riferita poco sopra è la formula-base. La medesima però – indicazione dell'oggetto a parte – poteva a seconda dei casi essere modificata e ampliata dall'acquirente e parimenti poteva anche non trovarsi isolata accompagnandosi a una dichiarazione contestuale resa dal *mancipio dans*, non sempre quindi silente (vedi cap. IV § 3).

Occorre in proposito sottolineare che la *mancipatio* è modo di acquisto di diritto civile, praticabile dai cittadini romani e, in aggiunta, da latini e stranieri forniti di *commercium*; può inoltre essere compiuta da persone in potestà, le quali in tal caso acquistano all'esercente la stessa. Orbene da questi dati emerge chiaramente che la formula canonica sopra riprodotta doveva spesso subire varianti: uno straniero non può qualificarsi proprietario per diritto dei Quiriti; analogamente un servo dovrà menzionare il padrone (Gai. 3.167).

[nuncupationes] Per la legge delle XII tavole inoltre le *nuncupationes* (dichiarazioni solenni) aggiunte a un *nexum* o a una *mancipatio* (l'unica peraltro che qui interessa) hanno valore di principio giuridico fermo in ordine agli effetti negoziali (in tema di *nuncupatio* testamentaria vedi cap. VII § 5): così si può mancipare una *res* deducendone l'usufrutto, che rimane in tal caso all'alienante (§ 11).

Sotto altro aspetto, in base a un patto concluso tra dante causa e avente causa è possibile realizzare un trasferimento fiduciario (cap. VI § 7). Ciò invero era consentito anche tramite *in iure cessio* (Gai. 2.59), ma nel complesso la *mancipatio*, se confrontata con l'altro negozio traslativo di *ius civile* di cui ci occuperemo tra poco, pur presupponendo un nucleo più ristretto di possibili oggetti, rivela un maggiore grado di adattabilità.

[auctoritas] In stretta connessione con l'originaria natura della *mancipatio*, a carico del *mancipio dans* sussiste l'obbligo di prestare l'*auctoritas*, ossia di difendere l'acquirente che, convenuto in giudizio da un terzo sedicente proprietario della cosa, rischi di essere privato del bene oggetto dell'acquisto (evizione). Se l'alienante rifiuta l'intervento o se il medesimo si rivela infruttuoso, l'acquirente evitto, sperando contro di lui l'*actio auctoritatis*, può conseguire il doppio del prezzo pagato. Come meglio abbiamo visto parlando dell'*usucapio* (§ 7), tale obbligazione nei confronti di un cittadino si estingue in un biennio se mancipato fu un fondo, in un anno con riferimento alle cose di altro genere.

In questa sede è opportuno sottolineare un dato ulteriore. In origine il *duplum* perseguibile con l'azione di cui sopra era parametrato sul prezzo contestualmente pagato all'acquirente previa pesatura. Divenuta la *mancipatio* una fittizia vendita, il doppio viene ora calcolato sul prezzo sì, ma intendendosi per prezzo la somma di denaro dovuta dal compratore in forza della *emptio venditio* consensuale che, nel nostro caso, è stata conclusa prima della *mancipatio* (cap. VI § 10). In altre parole, l'*actio auctoritatis* resta esperibile anche quando la *mancipatio* si è trasformata in una fittizia vendita nel senso già visto, ma trae un elemento (l'ammontare della condanna) dal contratto di compravendita consensuale che della *mancipatio* si pone adesso come la causa.

[scomparsa dell'istituto] In epoca postclassica il negozio librato traslativo diviene

progressivamente obsoleto. Ormai, più che celebrarne nella realtà il rituale, lo si attesta compiuto nel documento sottoscritto da alienante, acquirente e testimoni (sei, poiché vi rientra anche il *libripens*), secondo una prassi che ricorda da vicino quella relativa alla stipulazione (cap. VI § 8): è il segno di un declino irreversibile. Nei testi del *Corpus Iuris* i compilatori, con interpolazione di *routine*, sostituiscono i termini “*mancipatio*” e “*mancipare*” con “*traditio*” e “*tradere*”: l'abolizione formale ad opera di Giustiniano della distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* (§ 2) ha sanzionato in via definitiva l'applicabilità anche a quelle del modo di acquisto derivativo, più semplice e immediato, da sempre proprio di queste.

[c] *in iure cessio*] In età classica la *in iure cessio* (cessione in tribunale) si pone come il modo di acquisto della proprietà a titolo derivativo caratterizzato dal più esteso raggio di potenziale applicazione. È infatti idonea a trasmettere sia *res Mancipi* sia *res nec Mancipi*, ivi compresa una cosa incorporale come l'*hereditas*. Sempre con riferimento alle cose incorporali, ma fuori dall'area della proprietà, la *in iure cessio* vale a trasferire ad altri la tutela muliebre, ad acquistare la patria potestà nell'adozione, a costituire i diritti reali parziari di servitù, usufrutto e uso nonché a estinguere i medesimi per rinuncia.

Pur posteriore a quella della *mancipatio*, la sua origine appare risalente se è vera – e non sussiste valido motivo di dubitarne – l'affermazione di Paolo (Frag. Vat. 50) che la vuole precisamente confermata dalla legge delle XII tavole.

Questo atto solenne traslativo nasce dal sagace adattamento ad opera dei pontefici del meccanismo della *legis actio sacramento in rem* nella direzione di un negozio a effetti reali.

[rituale] Portata *in iure* la cosa che si intende trasferire o un simbolo della stessa, si procede all'inizio secondo il cerimoniale della predetta *legis actio*: in altri termini, colui che risulterà l'acquirente compie la *vindicatio* del bene. A questo punto però la corrispondenza finisce: la controparte, in realtà l'alienante, non rivendica a sua volta ma, interrogato dal magistrato se intenda farlo, risponde di no o tace, allontanandosi poi dal tribunale. Non resta che assegnare la cosa al primo dei finti contendenti, come in effetti accadrebbe se un caso del genere si verificasse in un vero processo di rivendica. Qui peraltro l'esito è combinato in partenza, trattandosi di una finta lite giudiziaria: un atto negoziale traslativo derivato da un modello di giurisdizione contenziosa. Rimane tuttavia *legis actio*, inibita come tale alle persone soggette a potestà. Essa tuttavia risulta poi praticabile non solo in Roma davanti al pretore, ma anche nelle province nel tribunale del preside, come del resto accade per l'adattamento, a questo del tutto analogo, della *legis actio sacramento* a modo di affrancazione (*manumissio vindicta* [cap. II § 3]).

Il fatto che la *in iure cessio* sia idonea a trasmettere il *dominium* sia sulle *res Mancipi* sia sulle *res nec Mancipi* deriva dall'evidente considerazione che le une e le altre possono essere oggetto di rivendica mediante la *legis actio sacramento in rem*. Resta peraltro il dato di una maggiore difficoltà legato all'uso di tale meccanismo traslativo rispetto alla *mancipatio*, per cui basta un ristretto nucleo di amici, e alla *traditio*, che di per sé nemmeno quel modesto apparato richiede. Onde è da ritenersi che raramente in età classica si ricorresse a tale negozio, a parte – è ovvio – quei casi in cui

si rivelava idoneo esso solo. È inoltre plausibile, a giudicare dalle semplificazioni formali attestata per la *manumissio vindicta*, che qualcosa di simile si sia verificato anche per l'*in iure cessio* propriamente detta.

[in iure cessio dell'eredità] Vi si doveva comunque ricorrere qualora si intendesse trasmettere una *hereditas*. Particolare per certi aspetti il regime di questo atto, con cui il titolo di erede si trasmette solo se oggetto del negozio è un'*hereditas ab intestato* ceduta dal delato prima della adizione (cap. VII § 2): quella testamentaria prima dell'acquisto è incredibile. Compiuto a eredità (testamentaria o *ab intestato*) accettata, l'atto non rende erede il cessionario ma consente di trasmettere in una sola volta tutti i beni ereditari. Restano però escluse le obbligazioni, cose incorporali sì, ma non passibili di *in iure cessio* (cap. VI § 24): i crediti ereditari si estinguono, i debiti rimangono in capo al cedente tuttora erede.

Non mette conto soffermarci in questa sede su dati già noti, quali la natura di *actus legitimus* dell'*in iure cessio* e il suo carattere di negozio astratto.

[scomparsa dell'istituto] Ormai tendenzialmente obsoleta in età tardoclassica, l'*in iure cessio* scompare forse in età costantiniana (è ancora citata in un rescritto di Diocleziano della fine del III secolo [Cons. 6.10]). Stante la premessa, sarebbe vano cercare menzione nei testi del *Corpus Iuris*. Qui peraltro l'interpolazione è agevole: basta togliere il complemento “*in iure*”, e “*cedere*” e “*cessio*” acquistano il significato generico che hanno del resto anche oggi.

[d) traditio] Come già altrove detto, la *traditio* è il modo di acquisto delle *res nec Mancipi* corporali. Tra queste rientrano anche i fondi non in suolo italico, su cui peraltro gli stessi cittadini romani non otterranno il *dominium ex iure Quiritium* ma la proprietà provinciale (§ 4). Sotto diverso aspetto, la *traditio* di una *res Mancipi* fa conseguire la proprietà bonitaria (§ 4).

Sappiamo inoltre che l'atto traslativo in parola è praticabile anche da latini e stranieri indipendentemente dal *commercium*: a differenza della *manipatio* e della *in iure cessio* è dunque qualificata come istituto di diritto delle genti (o naturale).

La *traditio* consiste nella consegna manuale della cosa, o nel mettere a disposizione la stessa, accompagnata dalla volontà dell'alienante e dell'acquirente in ordine al passaggio della proprietà. Dei modi di acquisto di *ius gentium* (o *naturale*) presenta dunque l'assenza di forme solenni e, in certo senso, l'aspetto concludente in via diretta.

[rapporti con la mera consegna] Per vero, quello della consegna di una cosa risulta, in sé, comportamento polivalente: non consegna soltanto il proprietario che trasferisce il suo diritto, ma anche, ad esempio, il debitore che dà la cosa in pegno al creditore, facendogli così conseguire il possesso (*ad interdicta*); consegnano anche comodante e depositario la mera detenzione della *res* (su tali concetti, in particolare § 14). Perché la proprietà si trasmetta è in effetti richiesto un dato ulteriore rispetto a quelli fin qui enucleati e all'altro requisito – ovvio, e comune a tutti i modi di acquisto derivativi – dell'esistenza del diritto in capo all'alienante e/o della sua legittimazione a trasferirlo. Si allude a una causa sottostante idonea a giustificare il passaggio del *dominium* da chi consegna a chi riceve: una *iusta causa traditionis* (*iusta*, cioè riconosciuta dal diritto).

[iustae causae] Tali cause in definitiva non sono dissimili da quelle che stanno alla base della *mancipatio* e della *in iure cessio*, nondimeno una certa differenza sussiste. I due negozi formali ora menzionati sono, come si è spiegato più volte, astratti: producono cioè l'effetto immediato del trasferimento reale anche in carenza oggettiva di causa. Ad esempio, Tizio mancipa a Caio un fondo a titolo di dote: la proprietà si trasmette e rimane a Caio anche se le nozze non seguiranno (sorgerà in questo caso l'obbligo di restituire, ma è discorso diverso).

Per quanto concerne la *traditio*, essa non appare un negozio astratto perché dalla causa qui non si prescinde: mancando la stessa il negozio non è produttivo di effetti (ossia non trasmette la proprietà), e però la causa non è evidente, risultando essa dal concreto assetto di interessi a cui l'accordo delle parti di volta in volta intende dar vita. Sotto tale profilo la *traditio* si presenta piuttosto come un negozio a causa variabile (compravendita, mutuo, donazione, dote, adempimento).

Può risultare utile qualche esempio: Tizio consegna a Caio diecimila sesterzi a titolo di mutuo: la proprietà del denaro passa dal primo al secondo in virtù di questa causa (*causa credendi*), che l'ordinamento (trattandosi di cose fungibili) riconosce idonea a trasferire il *dominium*. Ancora, Tizio consegna a Caio la stessa somma a titolo di donazione: vale identico rilievo (*causa donandi*). Pensiamo ora a Tizio che dà a Caio, di nuovo, la stessa somma perché convinto di dovergliela, mentre così non è (ad esempio, la *stipulatio* è nulla): qualora anche l'accipiente sia in buona fede, la proprietà passa anche questa volta, e passa a titolo di adempimento (*causa solvendi*). Ciò può apparire a prima vista singolare perché in realtà non vi era debito, tuttavia – ecco il punto rilevante per i giuristi romani – la causa della *traditio* va qui vista nella immediata funzione economico-sociale dell'adempimento voluta dalle parti in modo concorde, e non nel dato giuridicamente fondante sì, ma estraneo all'atto della consegna, su cui poggia l'obbligo di adempiere (così la *stipulatio* può anche essere nulla, ma essa – già in sé conclusa – non è affatto la causa della *traditio*). Discorso di nuovo diverso è quello relativo all'obbligazione di restituire che nasce in capo a chi riceve un pagamento non dovutogli: questa sì originata dall'inesistenza del debito.

[particolari tipologie di traditio] Sotto altro angolo visuale, è interessante rilevare che già in diritto classico la *traditio* si mostra talora in forme non corrispondenti alle modalità usuali di consegna.

[a persona incerta] Si ha così *traditio in incertam personam* nel caso dei *missilia*, i regali gettati tra la folla durante feste o trionfi militari, con l'intenzione di trasferirne la proprietà a chi li prende: questi, impossessandosene (spesso dopo animata tenzone) mostra chiaramente la volontà di farli propri (i *missilia* non vanno dunque confusi con le *res derelictae*, acquistate per occupazione o per *usucapio* [§ 7]).

[longa manu] Altre volte la *traditio* appare in veste, per così dire, più spiritualizzata. L'oggetto che si intende trasferire viene solo mostrato all'acquirente nella *traditio longa manu* (espressione sostanzialmente romana: D. 46.3.79, di Giavoleno): da vicino, come nel caso del denaro appoggiato su un mobile; a distanza, trattandosi ad esempio di un fondo (provinciale) indicato nei suoi confini dall'alto di una torre.

[brevis manu] Nella c.d. *traditio brevis manu* il proprietario autorizza il detentore del bene (ad esempio, comodatario, depositario, conduttore, ecc.) a possederlo a suo

nome, e ciò determina l'acquisto della proprietà sullo stesso.

[costituto possessorio] Il *constitutum possessorium* identifica l'ipotesi inversa: è stavolta il proprietario possessore che incomincia a detenere la cosa (ad esempio, a titolo di comodato, obbligandosi per ciò stesso a restituirla all'accipiente-comodante).

[traditio simbolica e...] Valido effetto traslativo è infine riconosciuto all'atto di consegna delle chiavi del magazzino ove sono conservate le merci che si vogliono alienare (c.d. *traditio symbolica*).

In età postclassica il processo di smaterializzazione in parola si accentua fino a toccare i limiti di un passaggio di proprietà quasi esclusivamente fondato sull'atteggiamento psicologico delle parti che danno vita al negozio: il costituito possessorio prescinde ormai anche da un effettivo titolo di detenzione; [... *per chartam.*] la c.d. *traditio symbolica* abbraccia pure ipotesi di mera consegna dei documenti giustificativi della proprietà (c.d. *traditio per chartam*).

[regime postclassico] Come si è detto, scomparse *mancipatio* e *in iure cessio*, in diritto giustiniano la *traditio* è il generale modo di trasmissione delle cose *in commercio*. Né ormai vale il requisito della natura corporale delle medesime (pur ribadito dalle Istituzioni imperiali [2.1.40]), perché, avendo la *traditio* preso il posto di quei negozi formali, risulta per ciò stesso idonea a costituire i diritti reali parziari che ne risultavano possibile oggetto.

[e) contratti a effetti reali] Sempre con riferimento al diritto nuovo, vanno tuttavia affiancati alla *traditio* quali cause di acquisto i contratti con immediata efficacia reale (vedi cap. VI § 10).

[f) adiudicatio] Quanto alla *adiudicatio*, di cui già sono noti i caratteri (cap. III § 7), può qui aggiungersi che essa fa acquistare il *dominium ex iure Quiritium* se collegata a un *iudicium legitimum*.

[g) litis aestimatio] Anche la *litis aestimatio* è modo di acquisto della proprietà. Esso deriva dalla particolare natura della condanna nel processo formulare, che è sempre espressa in una somma di denaro (cap. III §§ 7 e 8): il convenuto che, non ottemperando all'ordine di restituire, finisca col subire la stessa, fa proprio il bene oggetto della lite. L'angolo visuale da cui tale figura è focalizzata nei testi è in parte assimilabile a quello di una compravendita (D. 41.4.3, di Ulpiano).

[h) successioni civili e...] Sono successioni civili l'*hereditas*, l'*adrogatio* e la *conventio in manum* di una donna *sui iuris*: tutte queste comportano per il successore l'acquisto della proprietà quiritaria.

[... pretorie] Successioni pretorie sono, ad esempio, la *bonorum possessio* e la *bonorum emptio*, che danno quindi luogo all'altra, relativa, tipologia di proprietà (§ 4).

[i) legati e acquisti per legge] Del legato reale e della problematica relativa ai *caduca* ci occuperemo in altra sede (cap. VII §§ 2 e 10): qui metteva esclusivamente conto indicarli come tipologie di acquisto.

9. La comproprietà

La trattazione finora svolta ha avuto come parametro implicito la proprietà c.d. solitaria, ossia la titolarità di un unico soggetto su un bene, abbia questo natura di cosa semplice, composta o complessa (§ 2).

In realtà, questa non è l'unica ipotesi che può configurarsi, dal momento che l'esperienza giuridica romana ha sempre contemplato la possibilità che di una cosa singola o di un patrimonio siano contitolari una pluralità di persone. Si ha allora, per usare un termine che più frequentemente ricorre in proposito nel linguaggio dei testi, la *communio* (comunione).

[consortium ercto non cito:] Si diceva che essa è nota fin dall'età più antica, anche nel settore della proprietà privata. In effetti un brano delle Istituzioni di Gaio (3.154a), assente nel palinsesto veronese ma restituito dalla pergamena di Antinoe, ci dà notizia del *consortium ercto non cito*, una risalentissima forma di comunione, la quale peraltro rispetto al condominio delle epoche successive presenta alcuni aspetti peculiari che non sarà più dato rintracciare se non in una veste residuale.

Gaio definisce il *consortium* una “società legittima e naturale al contempo” e fornisce anche i connotati etimologici della sua denominazione: “*erctum*” - spiega - era il termine antico che designava il *dominium*, “*citum*” alludeva all'atto del dividere, onde *consortium ercto non cito* vale per il giurista “consorzio da proprietà non divisa”. Altre fonti tuttavia lo smentiscono: l'etimologia esatta conduce a “consorzio da divisione non provocata” (*ercisci* = dividere; *ciere* = provocare).

[cause] Tale forma di comunione di vita e di beni - assimilata da Aulo Gellio (*Notti Attiche* 1.9.12) a quella, inseparabile, che legava tra loro i pitagorici - si realizzava allorché alla morte del *pater familias* gli *heredes sui et necessarii*, ossia figli, figlie, moglie, nonché nipoti da figli premorti (cap. VII § 4: anche questi ultimi rientrano nel novero, benché Gaio parli di una “società di fratelli”), mantenevano unito il patrimonio ereditario. In seguito fu possibile anche a soggetti che *sui heredes* non erano conseguire lo stesso risultato sperando una *legis actio* davanti al pretore. In tal caso tuttavia - sempre che non si trattasse di successori agnati (cap. VII § 4), tra i quali pure sussisteva una forma di contitolarità ma di natura diversa - anziché lasciare indiviso un complesso di beni unitario dall'origine, si conferivano in una sola massa beni inizialmente distinti.

Comunque costituito, il *consortium* - come la successiva *societas omnium bonorum* (società di tutti i beni: cap. VI § 12) - comportava l'iscrizione al patrimonio comune di qualunque acquisto compiuto dai compartecipi.

[regime.] Rilevante è il regime di tale *consortium*, che realizza una sorta di proprietà plurima integrale, nel senso che ciascun consorte era referente di una titolarità piena, che gli consentiva di disporre validamente, da solo, del bene comune: così mediante la sua solitaria manumissione egli dava la libertà al servo comune, rendendolo liberto nei confronti di tutti e allo stesso modo poteva alienare nelle forme previste il bene comune facendolo uscire dalla massa consortile. In genere si ritiene che questi atti, pur producendo una volta posti in essere gli effetti indicati, potessero essere bloccati da un preventivo veto (*prohibitio*) da parte di uno qualsiasi dei

consoci; nondimeno la caratteristica del *consortium* ora esaminata resta singolare e sarà poi successivamente esclusa in ordine alla forma di *communio* che si viene delineando già in epoca preclassica, con connotati peraltro analoghi a quelli della tipologia matura che meglio ci è nota.

[communio pro indiviso:] Ora la *communio* implica una titolarità non integrale ma limitata a una quota ideale dell'oggetto indiviso: una frazione matematica astratta priva di riscontri nella tipologia fisica del bene (*communio pro indiviso*). È evidente che la somma delle varie quote deve sempre dare come risultato l'unità.

[cause] La *communio pro indiviso* può, come l'antico *consortium*, derivare da eredità – e questo rimane forse il caso più frequente –; può altresì scaturire da legato congiunto; dal conferimento in società di beni originariamente in proprietà solitaria di diverse persone; ovvero anche da eventi del tutto accidentali (*communio incidens*), come nel caso di mescolanza fortuita di sostanze liquide (*confusio*) – diversamente nell'ipotesi di *commixtio* (vedi § 7) – appartenenti a diversi titolari.

La quota di proprietà (un mezzo, un terzo, un quarto, ecc.) determina la proporzione in cui ciascuno acquista frutti e accessioni e parimenti segna la base per il riparto delle spese.

Quanto all'utilizzazione del bene non è possibile isolare un modo univoco: la ripartizione – circa l'uso, lo ripetiamo, dato che il bene rimane indiviso – può fondarsi su criteri spaziali (ad esempio, le zone di un fondo), o temporali (ad esempio, i periodi in cui ci si può valere di un giumento), o, ancora, parametrati su altre basi in rapporto alla natura della cosa.

[atti di disposizione] *Pro quota*, cioè in ragione della propria parte di spettanza, possono essere compiuti da ciascuno gli atti di disposizione: dunque il condomino può alienare a titolo oneroso o gratuito la propria quota determinando l'ingresso dell'acquirente nella comunione, e, negli stessi limiti, costituire diritti di usufrutto, di pegno, di ipoteca.

Un atto di disposizione integrale non può essere realizzato da un solo comproprietario, ma deve derivare dalla totalità dei comunisti, con manifestazioni di volontà di regola contestuali.

[diritto di accrescimento] Non producono subentro di un estraneo alla *communio* nella quota dell'ex socio, ma diritto di accrescimento (*ius adcrendi*) a favore degli altri in proporzione alle rispettive frazioni di titolarità, gli atti di mera rinuncia dominicale, come la *derelectio*, o come la manumissione del servo comune.

[derelectio e manumissione solitarie] La *derelectio* non dà dunque luogo a occupazione (§ 7); analogamente la *manumissio* del servo compiuta da un solo condomino provoca l'acquisto della quota perduta a vantaggio dei restanti padroni. Questo *ius adcrendi* sembra un carattere residuale del *consortium*, sopravvissuto in una tipologia di *communio* ormai impostata su basi diverse (non più proprietà plurima integrale ma proprietà plurima parziaria), e si spiega in rapporto all'elasticità del *dominium* (§ 3): ove non c'è subentro contestuale di un nuovo titolare, il pieno diritto di ciascuno, non più compresso, si riespande.

Sotto altro profilo, vi sono poi atti di disposizione che non possono essere compiuti nemmeno *pro quota* in ragione dell'indivisibilità dell'effetto loro riconnesso:

così per quel che concerne la costituzione di una servitù, stante l'indivisibilità della stessa (§ 10).

[diritto di veto] Non di rado si è sottolineata in dottrina una analogia abbastanza stretta tra il regime della *communio*, specie per quanto concerne le innovazioni alla cosa in comproprietà, e quello derivante dalla collegialità delle magistrature romane. La collegialità (pari) implica che ciascun titolare del potere possa compiere da solo qualunque atto inerente al suo ufficio, il quale è dunque valido ed efficace, ma che il collega possa sempre bloccarlo con l'*intercessio* (veto) impedendogli la realizzazione dell'atto medesimo. Situazione non dissimile si riscontra per le innovazioni nell'ambito del condominio: ciascun socio può porle in essere da solo, ma ognuno degli altri può preventivamente interporre la *prohibitio*. Di fronte alla stessa bisogna arrestarsi: se si crede, è possibile domandare in tal caso la divisione della *communio*.

Tale aspetto, che insieme con lo *ius adcrescendi* già visto è ritenuto una riminiscenza del *consortium*, in diritto giustiniano muta nel senso che ora si richiede il consenso preventivo della maggioranza dei soci, senza il quale l'innovazione apportata alla cosa è illegittima e può restituirsi il pristino stato. **[giudizio di divisione]** Come si è accennato, ciascun condomino può in ogni tempo intentare l'azione di divisione (*actio communi dividundo*), che pone fine alla comproprietà (trattandosi di comunione ereditaria, il rimedio è costituito dall'*actio familiae erciscundae* [su cui cap. VII § 2]).

L'azione – della quale è precedente storico la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* – è mista (nel senso di reale e personale insieme): trattandosi di trasformare le quote ideali di spettanza in beni specifici, se questi siano indivisibili, potrà accadere che a taluno vengano attribuiti, anziché – o oltre che – diritti reali, crediti a conguaglio di varia entità.

In diritto giustiniano il rimedio può esperirsi anche a condominio in vita per far valere reciproche pretese in ordine alla gestione del bene comune.

[manumissione solitaria: regime giustiniano.] Quanto alla solitaria manumissione del servo comune, Giustiniano, sulla scorta di alcuni precedenti classici e intendendo favorire l'acquisto della libertà, esclude l'accrescimento: lo schiavo diventa libero, e chi lo affrancò è tenuto a corrispondere agli altri comproprietari il valore delle loro quote (C. 7.7.1; I. 2.7.4). Notevole il fatto che le Istituzioni imperiali, ricordando questo “modo di acquisto civile” ora abolito, lo inseriscano a chiusura del titolo dedicato alle donazioni.

10. I diritti reali di godimento: le servitù

[nozione] Il nostro codice civile (art. 1027) individua il contenuto della servitù prediale nel “peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario”. È un modo di esprimersi, peraltro lungo una direttrice di chiara continuità con l'esperienza romana, in certa misura metaforico, adombrando una sorta di personificazione dei fondi. Di tale metafora sono del resto partecipi anche il termine “servitù” con cui si designa l'istituto, nonché le espressioni

“fondo dominante” e “fondo servente” - quest'ultima riscontrabile nelle fonti, l'altra coniata dagli interpreti per simmetria logica - che indicano rispettivamente il fondo avvantaggiato e quello gravato dalla servitù.

In effetti la servitù, sia attiva sia passiva, viene vista come una qualità, un aspetto del fondo (*qualitas, habitus fundi*): quasi una parte integrante della sua conformazione fisica. Segue pertanto le sorti dell'immobile, e dunque si aliena con esso, indipendentemente dalle persone dei proprietari del medesimo o dai titolari di altri diritti reali di godimento.

Ciò premesso, è tuttavia ben noto che il diritto contempla relazioni non tra cose, bensì tra persone e tra situazioni giuridiche soggettive. Sotto tale profilo una definizione concettualmente più corretta sembra quella che ricollega la servitù prediale a una stabile limitazione, orientata in un preciso senso, del diritto di proprietà su un fondo a vantaggio del diritto di proprietà su un altro fondo appartenente a diverso proprietario.

[(doppia) inerenza reale] Le servitù sono dunque diritti reali di godimento su cosa altrui (*iura in re aliena*) la cui inerenza reale - tra l'altro doppia, perché incide su una coppia di fondi - è così, diremmo, esclusiva a prescindere, a differenza di quanto avviene per l'usufrutto e le figure affini (§ 11), da ogni possibile riflesso delle vicende legate alle persone dei titolari. Cogliendo con particolare sensibilità questo aspetto, una fonte dell'età classica avanzata definisce le nostre, *servitutes rerum* (cose che realizzano situazioni a vantaggio di altre cose: realtà doppia), l'usufrutto e l'uso, *servitutes personarum* (cose che realizzano situazioni a vantaggio di persone: realtà semplice). Con argomentazioni non convincenti - come vedremo poco oltre - una simile impostazione è stata per lungo tempo ascritta ai compilatori giustiniane.

[servitù rustiche e urbane] La natura dei fondi su cui le stesse insistono determina la divisione tra servitù rustiche e servitù urbane. Le prime, di origine più antica, attingono alle esigenze agricole e riguardano i poteri (ad esempio, diritto di passaggio, di acquedotto, di pascolo, ecc.); le seconde sono collegate ai rapporti funzionali tra edifici e aree connesse, ancorché si tratti di costruzioni situate in campagna (ad esempio, diritto di stillicidio, di appoggio, di immissione di trave, ecc.).

["nulli res sua servit"] I fondi, si è detto, devono appartenere a diversi proprietari: una situazione di dipendenza funzionale tra due fondi che abbiano uno stesso titolare non può dirsi servitù né, conseguentemente, dar luogo al regime giuridico connesso. In proposito le fonti romane enunciano il principio, tuttora ricorrente, per cui *nulli res sua servit* (D. 8.2.26, di Paolo): non si dà, in altri termini, servitù tra due fondi propri; ma la massima si presta, più in generale, a sottolineare la necessaria dualità di titolari che sta alla base di ogni diritto reale parziario. Su entrambi i fondi deve inoltre sussistere la proprietà quiritaria.

[vantaggio per il fondo] Sotto diverso aspetto, è necessario che la servitù comporti un vantaggio per lo sfruttamento economico del fondo considerato sul piano oggettivo e non una mera utilità per la persona del proprietario in quanto tale: così non può essere contenuto in una servitù la possibilità di andare a raccogliere frutta, o di passeggiare in lungo e in largo, o di pranzare sul fondo vicino (D. 8.1.8 pr., di Paolo). Inoltre tale vantaggio non deve configurarsi a tempo definito, ma prospettarsi con

durata virtualmente senza limiti (*perpetua causa servitutis* [parte della dottrina ritiene però che la regola valga solo per le servitù di acque]).

[inammissibilità di servitù impicanti un *facere*...] Coerentemente al modo di porsi dei diritti assoluti, e reali in specie, la limitazione imposta alla proprietà del fondo servente non può comportare un'attività positiva a carico del titolare di quest'ultima: (D. 8.1.15.1, di Pomponio) “Non è nella natura delle servitù che uno faccia qualcosa, come impiantare giardini o rendere più amena la vista, o che dipinga nel suo, bensì che sopporti o che non faccia qualcosa”. In altri termini, il *dominus* del fondo su cui grava la servitù può essere tenuto a seconda dei casi a un *pati*, cioè a tollerare l'interferenza sul proprio da parte del proprietario dell'immobile vicino (ad esempio, il passaggio, la derivazione d'acqua, il pascolo, ecc.), oppure a un *non facere*, ossia a non esercitare in positivo una facoltà che in astratto sarebbe inerente al diritto di cui è titolare (ad esempio, a non sopraelevare la propria costruzione per non togliere luce a quella contigua).

Le servitù della prima specie si dicono, con termine moderno, affermative (tali sono tutte le rustiche); quelle della seconda, negative. [... e eccezione al principio] Il principio per cui la servitù non può comportare un *facere* soffre tuttavia di una eccezione (pur non condivisa da alcuni giuristi romani) che, malgrado vari tentativi in dottrina, non è agevole né scalzare né minimizzare sul piano dogmatico: nella *servitus oneris ferendi* (la servitù, urbana, di appoggio della propria costruzione al pilastro o alla parete del vicino), il titolare del fondo servente è obbligato a mantenere l'idoneità del sostegno, operando i restauri che si rendano necessari.

[“*servitus servitutis esse non potest*”] Più difficile da intendersi d'acchito è la regola *servitus servitutis esse non potest* (“non ci può essere una servitù sopra una servitù”), enunciata in un passo di Paolo (D. 33.2.1). Dal contesto si evince con sicurezza che si vuole escludere l'usufrutto di una servitù prediale. Ciò va inteso nel senso che oggetto del diritto reale di usufrutto non può essere un'attività rientrante nel contenuto di una *servitus* (ad esempio, il passaggio, la derivazione d'acqua, ecc.), proprio in virtù della duplice inerenza reale caratteristica delle servitù, che per ciò stesso prescinde dai limiti connessi all'esistenza umana. Cosa diversa – mette appena conto precisarlo – è la costituzione di un usufrutto su un fondo che gode di una servitù: l'usufruttuario certamente si gioverà della medesima, ma proprio in quanto questa è, come si diceva, una *qualitas* dell'immobile oggetto del suo diritto. D'altra parte che un *fructus servitutis* (“usufrutto di servitù”) non possa costituirsi è detto, e nella più chiara forma di cui sopra, anche da un altrettanto noto testo di Africano (D. 8.3.33.1).

Tuttavia, ecco il punto, da che cosa deriva l'espressione *servitus servitutis*?

[*servitutes personarum* e *servitutes rerum*:] In proposito bisogna richiamare quanto si è scritto poco sopra. È presente nei testi giuridici romani una concezione che considera anche l'usufrutto e le figure ad esso analoghe (§ 11) come *servitutes*, però *servitutes personarum* (a vantaggio di persone). Una simile corrente di pensiero non è certo precoce: ad esempio, non è riscontrabile nelle Istituzioni di Gaio, ove *servitutes* sono soltanto i diritti dei fondi. Tuttavia la troviamo compiutamente enunciata da Marciano, uno dei più tardi giuristi classici, che opera in pieno III secolo d.C.: in un

frammento tratto dalle sue *Regole*, egli spiega che “le servitù sono, o delle persone, come l'uso e l'usufrutto, o delle cose, come le servitù dei fondi rustici e urbani” (D. 8.1.1). Parecchi altri brani di giuristi dell'età classica avanzata, ancorché anteriori a Marciano, mostrano – pur senza teorizzare la distinzione – di conoscere un'accezione ampia del termine *servitus* che ricomprende anche usufrutto e affini.

[classicità della distinzione.] Da diversi decenni la critica ha considerato interpolati tutti questi frammenti, attribuendo la costruzione dogmatica in parola alla mentalità bizantina. Orbene che taluni rimaneggiamenti nei brani di cui si diceva possano esserci stati non va escluso *a priori*, è però molto difficile credere che la *regula marcianea* sia stata inventata di sana pianta dai compilatori di Giustiniano.

In primo luogo proprio perché – come taluni studiosi hanno rilevato – qui non si tratterebbe di una semplice modifica ma di un frammento scritto dall'inizio alla fine dai commissari del VI secolo. In secondo luogo perché se pure così fosse stato, gli stessi compilatori, che hanno posto questo frammento in apertura del titolo “Sulle servitù” del Digesto (8.1), avrebbero ancor di più valorizzato il loro parto giuridico-concettuale nelle Istituzioni, dove invece di una tale impostazione non c'è significativamente alcuna traccia.

Marciano si è dunque limitato a fornire, a livello di regola generale, una definizione che già trovava le sue basi in un filone del pensiero giurisprudenziale severiano. In tal senso, *servitus servitutis esse non potest* significa che non si può costituire un diritto reale parziario (in particolare di usufrutto o di uso) su una servitù.

[indivisibilità] Altra caratteristica delle servitù è l'indivisibilità. Non si può dunque costituire una servitù su un fondo *pro parte*, che investa in altri termini una frazione ideale dello stesso. Analogamente, trattandosi di fondo in comunione, il condomino che agisce a difesa della servitù non lo fa *pro quota* ma in solido.

Ciò non deve essere confuso col dato, puramente materiale, relativo alla porzione del fondo sulla quale la servitù si esercita: così il diritto di passaggio può esplicarsi magari su un sentiero tracciato, tuttavia la sua inerenza non è limitata allo stesso, ma si estende all'intero fondo servente. Se poi all'atto costitutivo tale zona dell'immobile non è stata isolata in modo specifico, l'esercizio del diritto può estendersi sull'intero fondo – nel nostro esempio è dato passare su qualsiasi parte dello stesso (“sì che tutte le zolle di terra sono serventi”, dice efficacemente Giavoleno [D. 8.3.13.1]) –, ma sussiste la regola che l'esercizio si attua *civiliter*, cioè col minor danno possibile per il fondo servente compatibile con l'esplicazione del proprio diritto.

[natura originaria] Uno dei temi più dibattuti in dottrina relativamente alle servitù riguarda l'originaria natura di tali diritti. Occorre innanzitutto rammentare che le servitù rustiche erano *res Mancipi* (§ 2). Un testo (Tit. Ulp. 19.1) menziona in proposito solo le quattro più antiche (*iter, actus, via, aquaeductus*, su cui oltre), ma non è improbabile che si tratti di elencazione esemplificativa. Tale caratteristica in età classica determina una vistosa eccezione all'interno delle *res Mancipi* che, a parte queste, sono tutte cose corporali (Gai. 2.17).

Va ancora ricordato che fino alla *lex Scribonia* (metà del I secolo a.C.) le servitù rustiche sono usucapibili (§ 7).

Da questi dati, nonché in base alla considerazione più generale che stenta ad ac-

creditarlo all'elaborazione giuridica dell'età arcaica costruzioni dogmatiche come i diritti reali parziari, si è in genere arrivati a concludere che le predette servitù, di passaggio e di acquedotto, dovevano essere in antico porzioni materiali di un fondo in proprietà del *dominus* del fondo contiguo: propaggini visibili di un fondo (strada, sentiero, rivo, ecc.) all'interno di quello vicino. A una simile congettura sono stati opposti argomenti per vero non labili in direzione contraria. Il più grave – ci sembra – fa leva sull'origine risalente del modo di estinzione delle servitù per non uso (trattandosi di proprietà non potrebbe configurarsi la perdita della stessa per mancato esercizio), ma nel complesso le obiezioni non paiono in grado di scalzare la dottrina dominante. È comunque certo che già da epoca abbastanza risalente (II secolo a.C.) le servitù, rustiche e urbane, sono viste come *iura in re aliena* con la struttura qui delineata.

[specie di servitù:] Prima di considerare i modi di costituzione e di estinzione delle servitù, è opportuno fornire una rassegna delle principali tipologie delle stesse quali emergono dai testi.

[(rustiche) di passaggio] Partendo dalle servitù rustiche, si distinguono in particolare i diritti di passaggio e quelli di acque. I primi, antichissimi, sono l'*iter* (diritto di passaggio a piedi o a cavallo), l'*actus* (diritto di transito con carri e giumenti), la *via* (diritto di contenuto analogo all'*actus* ma implicante un cammino lastricato).

La configurazione della *via* come una servitù apparente (il termine è moderno e allude alla presenza di manufatti visibili) consente di superare almeno in parte l'*impasse* derivante da una piana lettura dei testi che affermano da un lato che chi ha l'*actus* ha anche l'*iter* (il legittimato a passare con carri e armenti a maggior ragione lo è a farlo di persona senza di essi), dall'altro che la *via* è la somma dell'*iter* e dell'*actus* (la contraddizione sta nel fatto che non si possono cumulare due entità di cui la prima è contenuta nella seconda: la *via*, insomma, equivarrebbe all'*actus*). Espressioni che possono coniugarsi anche con una visione della *via* come servitù originaria, che ha poi dato vita alle altre due.

[di acque] Di acque sono la *servitus aquaeductus*, pure molto antica, che permette di derivare o scaricare acqua attraverso il fondo contiguo; e la *servitus aquae haustus*, di attingimento d'acqua. Ha carattere in certo modo misto la *servitus navigandi*, di passaggio in barca su corso d'acqua in suolo altrui.

[altre.] Servitù rustiche sono anche quella di pascolo (*servitus pascendi*); di cuocere calce (*calcis coquendae*); di cavare sabbia (*harenae fodiendae*).

[(urbane) di stillicidio] Nell'ambito delle servitù urbane si distinguono i diritti relativi allo scarico delle acque, come la *servitus stillicidii* che consente di convogliare per grondaie o tubature l'acqua piovana sul fondo vicino, e la *servitus cloacae* per lo spurgo delle acque putride; **[di pareti]** quelli relativi alle pareti, come la *servitus oneris ferendi* (già vista) e la *servitus tigni immittendi* (di immissione di trave nel muro vicino); **[di luci.]** e quelli relativi alle luci, come la *servitus altius non tollendi* (di non sopraelevazione) o come la *servitus ne luminibus officiatur* (di non costruire per non togliere luce al vicino).

[tipicità] Va detto, per concludere, che le servitù – come del resto i diritti reali in genere – sono tipiche, nel senso che le parti non sono libere di dar vita autonoma-

mente a *iura praediorum* di contenuto non ancora codificato dall'elaborazione giuridica. Possono però operare sul *modus servitutis*, ossia sulle modalità di esercizio del tipo di diritto già riconosciuto, e ciò mediante dichiarazioni accessorie rispetto ai negozi costitutivi (sui quali vedi oltre). Dal canto loro giurisdizione pretoria e riflessione dei giuristi procedono, sulla base delle esigenze che via via si prospettano, ad ampliare gradualmente il novero delle figure praticabili.

[modi di costituzione:] Quanto ai modi di costituzione, occorre innanzitutto distinguere fra servitù rustiche e urbane.

[a] civili Solo le prime possono essere direttamente costituite mediante *mancipatio*; solo le prime (secondo la tesi che riteniamo preferibile) ammettevano, prima della *lex Scribonia*, l'usucapione.

Le une e le altre si costituiscono per atto tra vivi con la *in iure cessio*; *mortis causa* con il legato *per vindicationem* (cap. VII § 10).

Mancipatio e *in iure cessio* consentono di operare la c.d. *deductio*: alienando uno di due immobili vicini si riserva a vantaggio di quello mantenuto in proprietà un diritto di servitù. Ciò si realizza con una *lex mancipii* o, rispettivamente, con opportuno adattamento della rivendica nel finto processo.

Ancora per diritto civile, ma fuori dell'area negoziale, le servitù possono costituirsi in virtù di *adiudicatio* in un giudizio divisorio (sempreché *iudicium legitimum*) e per pagamento della *litis aestimatio* da parte del convenuto sconfitto nell'*actio negatoria*.

Qualche, sia pur labile, traccia di una possibile costituzione (si direbbe oggi) “per destinazione del padre di famiglia” (art. 1062 c.c.) sembra affiorare in alcuni testi classici. Tale effetto si realizzerebbe allorché un soggetto titolare di due immobili tra cui sussiste un nesso di dipendenza funzionale (ad esempio, un acquedotto) ne trasmette uno trattenendo l'altro, o li trasmette entrambi a due persone diverse senza far menzione della servitù.

[b] onorari Su suolo provinciale, stante l'impossibilità di adibire i negozi solenni del *ius civile*, le servitù sono poste in essere per *pactiones et stipulationes* (patti e stipulazioni), ovvero su base contrattuale. Essa dà luogo, nella sfera pretoria, a una tutela reale simile a quella che vedremo, ad esempio, in tema di *superficies* (§ 12). Analoga difesa ha ricevuto la fattispecie legata all'*adiudicatio* in un *iudicium imperio continens*; nonché la *traditio vel patientia*, cioè la costituzione informale di servitù accompagnata dalla tolleranza dell'esercizio in ordine alla stessa.

[c] regime finale *Pactiones et stipulationes*, ora insieme alla *traditio* (che ha sostituito in generale *mancipatio* e *in iure cessio*), sono anche il modo di costituzione delle servitù per atto tra vivi dell'età giustiniana. Età, in cui peraltro ritorna l'usucapione (più correttamente, la *longi temporis praescriptio* di dieci o vent'anni), abolita da secoli in ordine alle *servitutes*.

[modi di estinzione: a) mutamento dei luoghi] Le servitù si estinguono per mutamento naturale dei luoghi incompatibile con il loro esercizio (perimento di un fondo, essiccazione della fonte, esaurimento della cava).

[b] non uso Si estinguono altresì per *non usus* protratto per due anni. Trattandosi di servitù affermative, come le rustiche, basta l'inerzia del titolare per il periodo

previsto. Ciò non è invece sufficiente per le servitù negative, per le quali occorre la c.d. *usucapio libertatis* (l'esatto contrario della *usucapio servitutis*), ossia il possesso durante un biennio dall'atto contrario al contenuto della servitù compiuto dal *dominus* del fondo servente: ad esempio, stante una *servitus altius non tollendi*, il proprietario dell'immobile onerato sopraeleva e possiede per due anni il fondo nel nuovo assetto senza che l'altro proprietario agisca al fine di ottenere la restaurazione dello stato dei luoghi conforme alla servitù. Nel diritto giustiniano i termini sono quelli della *longi temporis praescriptio*: dieci anni tra presenti, venti tra assenti (C. 3.34.13, del 531, ove tuttavia si continua a parlare di perdita delle servitù per non uso).

[c] **confusione**] Le servitù si estinguono infine per confusione, ovvero quando la proprietà dei due fondi si concentra in capo a uno stesso titolare; [d] **rinuncia**] e per rinuncia, da operarsi con la *in iure cessio*.

[difesa] La difesa delle servitù poggia sulla *vindicatio servitutis*, inizialmente esperibile nelle forme della *legis actio sacramento* (non si spiegherebbe altrimenti la possibilità di costituirle per *in iure cessio*). In seguito, nel processo formulare, con l'*agere in rem per sponsionem* e poi con la *vindicatio* detta talora anche *actio confessoria*.

Legittimato attivo è il proprietario del fondo dominante, a cui si aggiunge più tardi l'usufruttuario. Sul versante passivo, legittimato è chiunque impedisce di fatto l'esercizio della servitù, e quindi anche il mero detentore del fondo servente.

L'esercizio di fatto delle servitù, in particolare rustiche, è tutelato dal pretore tramite svariati interdetti.

11. Cont.: l'usufrutto e i diritti affini

[a] **usufrutto**] Come le servitù, l'usufrutto (*usus fructus*) è un *ius in re aliena*.

Rispetto a quelle si differenzia in primo luogo per essere costituito a favore di una persona (*servitus personae*, nel senso già visto), il che determina una precisa incidenza sul suo regime di vicende legate alla stessa, come la morte e la *capitis deminutio*: mentre i *iura praediorum* sono qualità dei fondi, l'usufrutto è come “attaccato alla persona” (*personae cohaeret*, secondo un'icastica immagine di Ulpiano [D. 7.4.3.3]). E così mentre i fondi, con le loro qualità, sono virtualmente perpetui, ciò che è legato a un uomo partecipa della natura temporanea di questo: l'usufrutto, al più tardi, si estingue con la persona fisica del suo titolare.

La stessa peculiarità, focalizzata sotto altro aspetto, rende l'usufrutto un diritto inalienabile.

Inoltre sulla cosa di proprietà altrui le servitù implicano una prerogativa unidirezionale, che solo in lieve misura – talora quasi a livello teorico – incide sulle possibilità di godimento in capo al *dominus*; mentre l'usufrutto svuota pressoché completamente il contenuto del diritto di proprietà, riducendola – dicono le fonti – *nuda*, ossia al mero titolo formale.

Proprio perché “le proprietà non fossero radicalmente inutili per un'eterna separazione dell'usufrutto” (D. 7.1.3.2, di Gaio; I. 2.4.1), si volle che questo fosse un diritto

to dai contorni temporali limitati, sì che con la sua estinzione la proprietà potesse riespandersi e recuperare pienezza.

[origine] L'usufrutto – sempre *res nec Mancipi* qualunque ne sia l'oggetto – appare anche di origine sensibilmente posteriore rispetto alle servitù. Difficilmente il suo emergere anticipa di molto il II secolo a.C., epoca in cui si colloca la celebre disputa, risoltasi nel modo che sappiamo (§ 2), circa la qualifica di frutto da attribuire o no al parto della schiava. Non è probabile che una simile discussione, fra l'altro di alta risonanza, fosse avulsa dalla dialettica proprietà-usufrutto (quella “proprietà-possesso di buona fede” sembra di minore momento), ed è parimenti poco plausibile che un problema di tale rilievo pratico sia potuto affiorare a notevole distanza dall'origine dell'istituto.

In genere si ritiene che l'usufrutto sia sorto con finalità di sostentamento vitalizio nei confronti della vedova con figli, i quali in tal modo potevano essere istituiti unici eredi dal *pater familias*: un legato di usufrutto a favore della donna evitava al contempo l'indigenza della medesima e la sottrazione ai figli di una quota ereditaria.

[nozione] Ciò premesso, vediamo ora la definizione di usufrutto che ricorre, identica, in due luoghi del *Corpus Iuris* (D. 7.1.1, di Paolo; I. 2.4 pr.): *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia* (“L'usufrutto è il diritto di usare e fruire di cose altrui mantenendone intatta l'integrità”).

[facoltà...] L'usufruttuario può dunque servirsi della cosa, che pertanto deve essere inconsumabile, e fare proprio, tramite percezione (§ 7), qualunque frutto della stessa. L'*uti* è pertanto funzionale al *frui*. In origine sembra di capire che potessero essere oggetto di usufrutto solo cose fruttifere, nell'età classica matura è tuttavia possibile costruire tale diritto anche su altri beni, come ad esempio una scultura o un dipinto, “perché – dicono le fonti (D. 7.1.41 pr., di Marciano) – anch'essi hanno una certa utilità se sistemati in luogo adatto”.

[... e limiti] Come è noto, le cose inconsumabili consentono un'utilizzazione ripetuta e la percezione dei frutti di regola non incide sull'integrità della cosa madre, tuttavia la chiusa “*salva rerum substantia*” della definizione paolina non è pleonastica perché con valenza che travalica la lettera intende sottolineare il dovere in capo all'usufruttuario di attuare quella che è sì è chiamata un’“economia conservativa”, la quale non si riflette solo sull'ovvio mantenimento dell'integrità fisica della *res*, ma anche su quello, ulteriore, che concerne la destinazione economica del bene.

È come, insomma, se l'usufrutto fosse una parte staccata dalla proprietà solo in vita temporanea per cui al suo titolare non è dato prescindere, nell'esercizio del diritto che gli compete, dalla futura inevitabile riunificazione. Abbiamo tuttavia, giova sottolinearlo, fatto ricorso a una pura similitudine: la medesima alla quale più di una volta ricorrono i giuristi romani allorché parlano dell'usufrutto come di *pars dominii* (vedi, ad esempio, D. 7.1.4, di Paolo). Ma gli stessi giuristi, fuori dalle immagini retoriche, hanno cura di precisare che l'usufrutto non è una componente del diritto di proprietà e che il titolare di quest'ultima *utendi fruendi ius separatum non habet* (“non ha un separato diritto di usare e fruire”: D. 7.6.5 pr., di Ulpiano).

Il rispetto per la destinazione economica della cosa va inteso, almeno con riferi-

mento a un lungo periodo storico, in modo rigoroso e tale da non ammettere nemmeno variazioni migliorative. Così – e lo si comprende – l'usufruttuario non può adibire il servo scribe a funzioni di bracciante o degradare l'atleta alla pulizia delle latrine (D. 7.1.15.1, di Ulpiano), né, per altro verso, trasformare una casa di abitazione in una stalla (D. 7.1.13.8, di Ulpiano); ma gli è pure inibito praticare sul fondo colture diverse, quantunque più redditizie (D. 7.1.13.4), ultimare una costruzione incompiuta (D. 7.1.61, di Nerazio), o, pur lasciandone intatta la destinazione, aumentare l'altezza di quella già esistente (D. 7.1.13.7).

Va tuttavia aggiunto che le facoltà dell'usufruttuario non risultano predeterminate in positivo in una sorta di statuto generale, ma variano a seconda della tipologia delle *res* oggetto del diritto. Inoltre le soluzioni dei giuristi sovente non appaiono pacifiche, onde la regola si modella gradualmente in base a prese di posizione espresse in fasi successive.

Ciò premesso, nel diritto classico avanzato, nel presupposto – se non introdotto *ex novo*, ora almeno operante in modo più pieno – che l'usufruttuario può rendere migliore la posizione del *dominus proprietarius* (D. 7.1.13.4), Ulpiano arriva ad ammettere, sia pure con cautela, che il primo possa aprire nuove cave e miniere, giungendo perfino a prospettare che, se queste siano fonte di reddito elevato, possano pure soppiantare del tutto le precedenti forme di sfruttamento agricolo del fondo (D. 7.1.13.5). Tale ultima soluzione è tuttora ascritta in dottrina a un intervento giustiniano, ma, a nostro credere, la prudenza con cui l'autore del passo si esprime (“e se per caso... forse...”) mal si concilia con l'interpretazione che, data la sua natura, si mostra in genere con tono autoritativo. Senza contare che qui viene solo portato alle logiche conseguenze il canone che ammette il miglioramento delle condizioni della proprietà, il quale, come abbiamo detto, già operava nel tardo principato.

[facoltà del nudo proprietario] Dal canto suo, il nudo proprietario – a prescindere dall'aspettativa del ritorno al dominio pieno – conserva il possesso poiché l'usufruttuario è un mero detentore (§ 14); può disporre del proprio diritto (ma sempre gravato da usufrutto); può apporre custodi; trattandosi di usufrutto di servi, gli spetta il parto della schiava; fa propri gli acquisti realizzati dal servo non con mezzi dell'usufruttuario o col suo lavoro servile (questi vanno al titolare del diritto di godimento), come ad esempio un'eredità o un legato; può operare la *noxae datio* dello schiavo autore di un delitto, e in tal caso l'usufruttuario potrà esperire la *vindicatio usus fructus* contro chi ha ricevuto il servo risarcendogli il danno (D. 7.1.17.2, di Ulpiano). Trattandosi di usufrutto di un gregge, il *nudus dominus* acquista i nuovi nati fino a concorrenza del numero dei capi morti: solo gli agnelli in eccedenza che non servono al rimpiazzo (*summissio*), da effettuarsi a scadenze regolari, sono frutti e toccano all'usufruttuario. Acquista inoltre in ogni caso, a diritto estinto, i frutti separati ma non percepiti dal titolare del diritto parziario.

[cautio fructuaria] Il nudo proprietario è inoltre tutelato dalla *cautio fructuaria*, stipulazione pretoria imposta dal magistrato nell'ipotesi di legato di usufrutto (che è la forma più antica di costituzione del diritto) ma praticabile anche, per volontà delle parti, in caso di usufrutto derivante da negozio tra vivi. Con essa il titolare del diritto reale parziario promette di esercitare le facoltà connesse secondo il criterio

del *bonus vir*, cioè della persona proba e in buona fede, impegnandosi al contempo a restituire il bene al termine dell'usufrutto. La prestazione di tale *cautio*, che non può validamente essere esclusa dal testatore (C. 6.54.7, di Alessandro Severo [anno 225]), condiziona l'inizio dell'usufrutto stesso.

[quasi usufrutto] L'impossibilità di costituire un usufrutto su cose consumabili è, come dire, ontologica: non si può usare e poi restituire integra una *res* che l'uso normale distrugge in un tratto. Diffondendosi però la prassi di legare l'usufrutto su interi patrimoni, che ricomprendono anche beni consumabili e denaro in particolare, si escogitò il modo, non ovviamente di abbattere, ma di aggirare l'ostacolo. Un senatoconsulto del I secolo d.C. stabilì che in caso di usufrutto su cose consumabili disposto per legato, l'usufruttuario ricevesse le medesime in proprietà, obbligandosi con una *cautio* parametrata su quella vista sopra a restituire altrettanto il denaro alla propria morte o *capitis deminutio*. Si tratta, dicono le fonti, di un quasi usufrutto: una figura giuridica che, malgrado la scadenza mutuata dall'usufrutto canonico, è in realtà dal medesimo piuttosto distante.

[b] uso Diritto analogo all'usufrutto ma di contenuto minore è l'uso (*usus*).

Anche le facoltà connesse nel medesimo variano a seconda degli oggetti. Di massima è escluso il *frui*, cioè la percezione dei frutti: così l'uso di un gregge non dà diritto a lana latte o agnelli, ma solo a valersi delle pecore per concimare il proprio campo (I. 2.5.4).

Trattandosi però dell'uso di un fondo rustico, fin dall'età classica si cominciò ad ammettere che ci si potesse giovare di una quantità di frutti sufficienti al fabbisogno proprio e della propria famiglia, in un'economia quindi meramente domestica e priva di dimensione commerciale. L'usuario, poi, non è in tal caso un detentore come l'usufruttuario e la sua permanenza sul fondo è consentita solo finché non infastidisca il *dominus* o non intralci il lavoro agricolo (D. 7.8.11, di Gaio; I. 2.5.1). L'uso di una casa, a differenza dell'usufrutto della stessa, non ammette locazione.

L'uso, infine, si costituisce e si estingue negli stessi modi in cui si costituisce e si estingue l'usufrutto (oltre).

[c] abitazione Risolvendo un'annosa disputa giurisprudenziale che riguardava il contenuto del diritto allorché il testatore aveva legato una "*habitatio*", Giustiniano creò un nuovo diritto reale di godimento. Oggetto sostanziale del contendere era se una simile situazione giuridica si dovesse ritenere usufrutto o uso di una casa abitativa: nel primo caso la si sarebbe potuta dare in locazione, nel secondo – come abbiamo detto – no. Contro il parere dei più, che propendevano per quest'ultima soluzione, Giustiniano segue l'avviso di Ulpio Marcello, e arriva a plasmare un diritto a sé – l'*habitatio* –, che ammette locazione della casa ma, a differenza dell'usufrutto, non si estingue per non uso e per *capitis deminutio* (C. 3.33.13, del 530; I. 2.5.5).

[d] opere dei servi e degli animali Sempre in età giustiniana si delineano le servitù personali di opere dei servi e degli animali, che in diritto classico o isolavano figure contrattuali o si concentravano in diritti di usufrutto o di uso. Il contenuto di questo diritto in realtà non risulta dalle fonti in modo univoco – è incerto, ad esempio, se si possano cedere le *operae causa*, estinguendosi non con il decesso del titolare ma solo con quello del servo o dell'animale.

[modi di costituzione (dell'usufrutto):] Data la sostanziale analogia con il quadro relativo alle servitù, il discorso circa i modi di costituzione e di estinzione dell'usufrutto può risultare abbastanza rapido.

[a] civili Il modo di costituzione più antico è, come si disse, il legato *per vindicationem* (cap. VII § 10): il legato reale rimane del resto fonte tipica per tutto l'arco storico del diritto romano.

Sempre per diritto civile, l'usufrutto (*res nec Mancipi* incorporale) si costituisce tramite *in iure cessio*. In virtù di una *mancipatio* è possibile costituirlo solo su *res Mancipi* col meccanismo della *deductio*, cioè riservandosene la titolarità all'atto del trasferimento del (nudo) *dominium*. Quindi a dar vita a un usufrutto a favore della controparte una *mancipatio* solitaria non giova: ne occorrono due reciproche, la seconda con *deductio* (come per le servitù urbane, pure *res nec Mancipi*). Da ricordare infine l'*adiudicatio* in un *iudicium legitimum*, e il pagamento della stima della lite da parte del convenuto sconfitto nell'azione negatoria.

[b] onorari Costituzione pretoria dell'usufrutto è quella che si opera *per pactiones et stipulationes* su terre provinciali; quella derivante da *adiudicatio* in un *iudicium imperio continens*; quella originata da tolleranza (*traditio vel patientia*). **[c] regime giustiniano** *Pactiones et stipulationes* e *traditio* sono i negozi tra vivi dell'età giustiniana che possono essere all'uopo adibiti.

Inusucapibile dall'origine, l'usufrutto può acquistarsi in periodo giustiniano per *longi temporis praescriptio*: decennale tra presenti, ventennale tra assenti.

Inoltre può trovare direttamente origine pure nella legge: si tratta del c.d. usufrutto legale dell'età tardoantica (su di esso, in particolare cap. II § 7), il quale peraltro, nella commistione concettuale e nell'approssimazione terminologica proprie del volgarismo, viene talora considerato una proprietà a termine.

[modi di estinzione: a) morte e capitis deminutio] L'usufrutto si estingue per morte e *capitis deminutio* del titolare (in età giustiniana non però la *minima*). Trattandosi di usufrutto a vantaggio di persone giuridiche, viene fissato come termine massimo il periodo di un secolo: più di tanto – si argomenta – non dura nemmeno la vita di un uomo longevo. **[b] consolidazione** Si estingue altresì per confusione (qui detta più propriamente consolidazione); **[c] perimento dell'oggetto** nonché per perimento dell'oggetto.

[d] rinuncia L'unica *in iure cessio* possibile in ordine all'usufrutto già costituito è quella a favore del proprietario, che provoca l'estinzione del diritto: la *in iure cessio* a persona diversa è inutile. Altro rispetto alla cessione del diritto è quella relativa alle facoltà inerenti, il cui esercizio può essere attribuito a un terzo in via obbligatoria a titolo oneroso o gratuito: titolare del *ius in re* resta in tal caso il cedente, alla morte o *capitis deminutio* del quale l'usufrutto si estingue.

[e] non uso Ulteriore modo di estinzione è il non uso: nelle servitù, come si ricorderà, protratto sempre per due anni; qui biennale o annuale a seconda della natura di bene immobile o mobile dell'oggetto. Nell'età giustiniana, i termini sono quelli della *longi temporis praescriptio*.

[difesa] La difesa del diritto riposa essenzialmente sulla *vindicatio usus fructus*, talora detta anche *actio confessoria*: *in rem*, *arbitraria*, esperibile non solo contro il pro-

prietario ma anche contro altri soggetti che turbino l'esercizio del diritto.

12. Cont.: la superficie e l'enfiteusi

Nel diritto giustiniano trovano la loro compiuta elaborazione, e sono talora considerati in modo unitario, due diritti reali ulteriori. Si tratta della superficie e dell'enfiteusi, figure giuridiche le quali, anche con riferimento alle origini, appaiono molto più giovani di servitù e usufrutto e che si innestano, rispettivamente, su una problematica abitativa di natura tendenzialmente urbana e su un complesso di necessità legate allo sfruttamento agricolo della terra.

[superficie] La superficie individua i propri precedenti nelle concessioni di suolo pubblico a beneficio di mercanti o banchieri per edificarvi chioschi o botteghe, nonché – più tardi – di aree private in base allo schema contrattuale della locazione conduzione e della compravendita. La prima, avente a oggetto il terreno su cui erigere l'edificio oppure le *aedes* già in piedi, presupponeva la corresponsione di un canone periodico, l'altra, che verteva sulla costruzione, il pagamento di un prezzo immediato e unitario.

Vedremo meglio in seguito i caratteri di tali due ultimi contratti consensuali (cap. VI §§ 10 e 11), basti qui precisare che siamo di fronte a rapporti obbligatori, che non consentono quindi al conduttore o al compratore alcuna difesa diretta nei confronti di turbative recate da terzi, onde non resta loro nella circostanza che rivolgersi a locatore o venditore. Nei confronti di questi ultimi possono invece giovare della relativa difesa contrattuale (*actio conducti* o *actio empti*).

[portata della difesa pretoria] Il sostanziale spostamento della *superficies* dall'orbita obbligatoria a quella reale è dovuta alla giurisdizione del pretore, che, in caso di concessione perpetua – ossia senza termine finale –, promette al superficiario un *interdictum de superficiébus* (sulle superfici) e un'*actio in rem*. **[interdetto sulle superfici]** Con il primo gli è possibile difendersi contro i terzi senza passare attraverso il concedente: si tratta, insomma, di una difesa di stampo possessorio (§ 15), anche se il superficiario non è propriamente un possessore e difatti nelle parole dell'interdetto – duplice, come l'*uti possidetis* (ancora § 15) – il verbo adoperato è “fruire”, non “possedere” (D. 43.18.1 pr., di Ulpiano). **[azione reale]** Mediante l'*actio*, il superficiario riceve nei confronti di qualunque possessore dell'edificio una tutela analoga a quella che la *rei vindictio* garantisce al proprietario.

[regime compiuto] Il diritto giustiniano completa e puntualizza il quadro, già però tracciato – è bene sottolinearlo – senza ambiguità dal pretore (l'azione reale non è apporto degli autori della compilazione, come a lungo si è scritto). Il proprietario, in quanto tale, può alienare il fondo, ma gravato del diritto di superficie; il diritto stesso – sul quale si possono costituire servitù e usufrutto – è trasferibile per atti tra vivi e a causa di morte. Il superficiario – nel più frequente schema del rapporto – deve al concedente un canone periodico detto (benché non di regola) *solarium*.

Un ultimo importante rilievo. L'esperienza giuridica romana – a differenza di alcuni usi provinciali d'Oriente e di quanto accadrà nel diritto intermedio – non con-

figura mai la superficie come diritto di proprietà di una costruzione separato dal diritto di proprietà del suolo, bensì come diritto reale su cosa altrui (pur dal contenuto amplissimo, e magari nella coscienza sociale e nelle temperie volgaristica assimilato al *dominium*): la casa, insomma, è invariabilmente di proprietà del titolare del suolo, e il dogma che conosciamo *superficies solo cedit* non viene meno (decisivo D. 44.7.44.1, di Paolo, interpolato dai commissari di Giustiniano ma con precisa salvezza del principio). Inoltre, se con riferimento agli edifici una proprietà superficiaria in senso tecnico come quella attuale (art. 952 c.c.) risulta costantemente esclusa, quanto alle piantagioni nemmeno il diritto reale di godimento del tipo fin qui descritto è apparso concepibile.

[enfiteusi] L'enfiteusi annovera alcuni chiari precedenti nelle concessioni imperiali di terre coltivabili e – sia pure per taluni autori in misura minore – nel *ius in agro vectigali*.

[concessione di terre imperiali] Iscrizioni provenienti dall'Africa settentrionale testimoniano dell'uso da parte dei principi dell'età degli Antonini e dei Severi di incentivare l'occupazione di terre incolte per la produzione cerealicola o vinaria, sulle prime a costo zero – cioè senza pretendere l'usuale quota dei frutti – e soprattutto riconoscendo ai nuovi imprenditori agricoli il “diritto di possedere e fruire e lasciare al proprio erede”. Un diritto qualificabile letteralmente come enfiteutico, posto che il verbo greco *fytéuein* allude proprio all'impianto di colture.

[agri vectigales] Gli *agri vectigales* sono invece in età del principato le terre coltivabili date in conduzione dai municipi, prima temporaneamente poi in genere senza un termine finale, e che non possono essere ritolte ai conduttori se e finché questi non si rendano morosi nella corresponsione del canone. Ne consegue una concessione virtualmente perpetua e trasmissibile *mortis causa*, che giustifica tra l'altro il dubbio relativo alla sua configurabilità come locazione conduzione o, piuttosto, come compravendita di cui è notizia in un passo di Gaio (cap. VI § 11). Anche tale diritto è di natura reale, rivelato dalla concessione di un'*actio in rem* contro qualunque possessore e pure contro gli stessi magistrati municipali concedenti (D. 6.3.1.1, di Paolo), trasmissibile inoltre per atti tra vivi e a causa di morte.

[emersione dell'istituto (legge di Zenone)] In un quadro postclassico in cui le due descritte figure giuridiche si sono alquanto stemperate, una sostanziale sintesi, e con la stessa configurazione del diritto reale di enfiteusi, emerge da una celebre costituzione di Zenone (C. 4.66.1, del 476-484 d.C.), la quale – forse generalizzando un po' – è di solito vista come una sorta di atto di inizio.

L'imperatore orientale, prendendo le mosse dalla ricordata disputa, afferma che il rapporto enfiteutico non può essere catalogato né come compravendita né come locazione conduzione, isolando una figura giuridica a sé stante, a cui dà vita un contratto a forma scritta pure specifico. Se nulla nell'accordo stesso è fissato circa il perimento del fondo, il rischio ricade sul concedente se la rovina è totale (si pensi al fiume che ha invaso il terreno in via stabile), sull'enfiteuta in caso di perdita parziale.

[regime giustiniano] Anche qui Giustiniano stila lo statuto finale di tale *ius in re*. Che si configura come diritto reale su cosa altrui di contenuto analogo a quello della

proprietà, tanto da svuotarla quasi del tutto, al cui titolare incombono gli unici obblighi di pagare il canone – pena, dopo un triennio, l'espulsione dal fondo –, nonché di notificare al concedente la sua eventuale intenzione di alienare il proprio diritto in virtù della prelazione che spetta a quest'ultimo. Se poi questi vi rinuncia può pretendere la cinquantesima parte del prezzo ricavato (laudemio). Non sussiste infine, se non pattuito in forma espressa, l'obbligo di miglioramento del fondo, previsto invece, con chiare finalità incentivanti, dall'art. 960 primo comma del nostro codice civile, quantunque nel quadro di un istituto – l'enfiteusi, appunto – da tempo avviato verso un irreversibile declino.

13. I diritti reali di garanzia

[nozione generale] A differenza dei diritti reali di godimento, di cui abbiamo trattato negli ultimi paragrafi, i diritti reali di garanzia, anziché assicurare su un bene altrui un più o meno esteso ambito di fruizione, incidono sul medesimo vincolandolo finalisticamente alla realizzazione di un credito.

Si tratta di operatività su un piano sostitutivo: se il debitore non esegue la prestazione, il creditore può trattenere l'oggetto acquistandone la proprietà, ovvero può disporne la vendita e soddisfarsi sul ricavato (restituendo l'eccedenza).

Ne risulta un credito rafforzato dalla possibilità data al soggetto attivo del rapporto di perseguire, in subordine, la soddisfazione del proprio interesse attraverso un bene altrui, che da tale scopo non può essere distolto. Infatti l'inerenza reale di cui ora ci occupiamo fa sì che il loro titolare possa “inseguire” il bene indipendentemente dagli eventuali trasferimenti subiti dallo stesso, onde convogliarlo lungo la destinazione che gli fu impressa e dalla quale soltanto l'estinzione del credito è idonea a stornarlo.

[garanzia personale (rinvio)] Come vedremo (cap. VI § 23), tale rafforzamento può essere attuato anche in modo diverso, ossia grazie all'impegno assunto da altri soggetti che si obbligano in solido con il debitore a soddisfare la pretesa creditoria. Si parla allora di garanzie personali, perché vincolata è una persona e non, metaforicamente, una cosa, come avviene nella prima ipotesi (l'espressione *res obligata* è delle fonti). Peraltro nell'esperienza romana le garanzie personali sono le più praticate e risultano analogamente le uniche eventualmente imposte da un intervento magistratuale (sulle *stipulationes praetoriae* vedi cap. III § 10).

[fiducia a scopo di garanzia] Il diritto reale di garanzia in senso proprio, ovvero come *ius in re aliena*, non è originario. In antico, il risultato del rafforzamento di un credito nel senso indicato si conseguiva con la trasmissione fiduciaria di un bene. Il debitore (o un terzo) mancipava o cedeva *in iure* una cosa al creditore, che ne diveniva quindi proprietario, con patto di ritrasferimento a debito estinto. Poiché tale figura interessa sotto vari profili il diritto delle obbligazioni, ne vedremo meglio in seguito i caratteri (cap. VI § 7): basti qui, appunto, citarla come mero antecedente storico.

Se la *fiducia cum creditore*, di cui abbiamo ora accennato gli aspetti, è il sistema più

antico adibito per tutelare un credito utilizzando una situazione a inerenza reale, il pegno è invece il più antico diritto reale di garanzia in senso proprio.

[pegno:] La parola *pignus* (pegno), sulla quale torneremo anche in seguito (cap. VI § 7), non ci è nuova. Essa incorre innanzitutto nel nome di una *legis actio* esecutiva, quella *per pignoris capionem* (cap. III § 4). Invero i rapporti tra questo procedimento e il pegno che adesso entra in gioco sono poco delineabili. È incerto infatti se nella prima ipotesi l'attore si impossessasse di beni del debitore insolvente a scopo immediatamente satisfattivo, oppure per far pressione sull'esecutato per indurlo ad adempiere: solo in tale ultima evenienza all'analogia terminologica corrisponderebbe anche una sorta di parallelismo di regime sostanziale. Parallelismo che (a parte anche qui, è ovvio, l'assenza di ogni base pattizia) sussiste invece con l'altra, più tarda, procedura esecutiva, il *pignus in causa iudicati captum*, ove pure lo stesso vocabolo compare.

[costituzione:] Il diritto reale di pegno si costituisce per semplice accordo. Sul piano pretorio d'altro canto un patto è idoneo a porsi come fonte di un *ius in re* per la tipologia di tutela accordatagli dal magistrato.

[pegno dato] La cosa sulla quale la garanzia si fonda può essere consegnata dall'oppignorante (debitore o terzo) al pignoratario (o creditore pignoratizio), e allora si ha il *pignus datum* (pegno dato), **[pegno convenuto (ipoteca)]** oppure restare – segnata dal vincolo – presso il primo, e allora si ha il *pignus conventum* (pegno [meramente] convenuto), detto poi anche *hypotheca* (ipoteca). Tale ultimo nome, pur di palese radice greca, non è peraltro di introduzione bizantina, comparando già in fonti classiche attendibili.

Il *pignus datum* è la forma più antica. In forza di una *datio* accompagnata da diversa specifica *conventio*, la cosa entra nel possesso, con difesa interdittale ma non utile per l'usucapione, del pignoratario, il quale si trova così obbligato a restituirla a credito estinto (sul contratto reale di pegno vedi cap. VI § 7). Poiché il suo diritto ha l'univoca finalizzazione precisata, il pignoratario non può servirsi del bene, né di regola percepirne i frutti **[anticresi]** (il che risulta invece ammesso in caso di anticresi: patto legittimante il creditore a imputare i medesimi al pagamento degli interessi e, se in esubero, del capitale).

Peraltro, in ambedue le figure descritte, il bene rimane in proprietà dell'oppignorante, che quindi può alienarlo, ma sempre gravato del *ius in re*; così come identiche sono le facoltà accordate al pignoratario in caso di inadempimento della controparte: tenere la cosa in proprietà o venderla soddisfacendosi sul prezzo conseguito.

È nondimeno evidente come, in caso di *res* ipotecata, la tutela dei potenziali acquirenti sia particolarmente problematica: senza un adeguato regime di pubblicità, il vincolo non è conoscibile dai terzi. Ciò tuttavia spiega il regime ipotecario dei giorni nostri: quanto all'esperienza romana, una pubblicità delle ipoteche abbastanza generalizzata si riscontra solo con Giustiniano.

[lex commissoria] Il patto per cui il creditore acquista la proprietà del bene è detto *lex commissoria* e può configurarsi, in caso di *pignus datum*, come una *traditio* sotto condizione di mancato pagamento.

La facoltà di vendita, sulle prime espressamente convenuta, diventa poi un ele-

mento naturale, inerente cioè alla stessa natura dell'istituto. Sotto diverso profilo, l'alternativa tra *lex commissoria* e legittimazione ad alienare (*ius distrahendi*) si concentra sul secondo polo, poiché in progresso di tempo la *lex commissoria* viene apertamente osteggiata dagli imperatori postclassici.

Oggetto di pegno può essere, oltre che una cosa corporale, un credito, o un complesso patrimoniale. Né va oltre un mero dato tendenziale il fatto che il pegno (in senso stretto) riguardi i beni mobili, l'ipoteca i fondi e gli edifici. La prima forma di ipoteca si ebbe anzi proprio su beni mobili, e precisamente sugli strumenti e gli animali da lavoro portati nel fondo rustico dal conduttore per attuarne la coltivazione (i c.d. *invecta et illata*).

[difesa] Il diritto di garanzia, costituito per semplice *conventio*, tutela il locatore contro la possibile morosità dell'altra parte nel pagare i canoni. Per entrare in possesso dei beni vincolati, il locatore può valersi dell'*interdictum Salvianum*, esperibile però contro il solo conduttore. Successivamente, con un'*actio* pretoria *in rem* detta *Serviana*, egli può convenire ogni possessore della cosa. Estesa infine la possibilità di costituire un diritto reale di garanzia analogo – cioè senza consegna della cosa – indipendentemente dall'affitto di un fondo rustico, fu data in generale un'*actio quasi Serviana* o *hypothecaria* con operatività *erga omnes*. Di tale rimedio poteva valersi anche il titolare di un *pignus datum* una volta verificatosi l'inadempimento (prima, a quanto sembra, gli giovavano solo gli interdetti).

[pluralità di ipoteche] Poiché su un'unica cosa possono sussistere più ipoteche a favore di diversi creditori, si determinano vari gradi delle stesse con possibilità di soddisfacimento scaglionate sulla base del principio di anteriorità cronologica (*prior tempore potior iure* [“chi precede in ordine di tempo è preferito nel diritto”]). Quanto alla c.d. garanzia generica del credito, costituita dal patrimonio del debitore su cui non sussistano cause di prelazione (come appunto il pegno e l'ipoteca), vige invece il principio del trattamento paritario dei creditori (*par condicio creditorum*).

14. Il possesso

“Dice Nerva figlio che la proprietà delle cose è incominciata dal materiale possesso implicato dalla natura e che di quel dato permane traccia in quanto si cattura in terra, mare e cielo: che infatti subito diventa di coloro che per primi ne abbiano preso possesso”.

Questo frammento di Paolo restituito dal Digesto (41.2.1.1), ove è ricordo di uno dei corifei della scuola proculiana, espone in breve una teoria antropologica del diritto di proprietà, il quale sarebbe sorto dall'istintiva affermazione di superiorità da parte dell'uomo sulle cose messe a disposizione dalla natura, come ancora può riscontrarsi nell'occupazione (§ 7), ove concreto impossessamento di un bene e acquisto della proprietà sul medesimo continuano a coincidere. Non è questa la sede per soffermarsi su tale assunto: risulta invece più utile ai presenti fini rimarcare come accanto al diritto di proprietà esista la signoria di fatto su una cosa che si palesa nell'esplicazione del complesso di facoltà che a quel *ius in re* appaiono riconnes-

se.

[nozione] Il possesso (*possessio*: la più antica corrispondente figura dell'*usus* si presenta con estensione maggiore, coinvolgendo anche potestà personali) può pertanto definirsi come il potere su un bene, che si manifesta in un comportamento corrispondente all'esercizio della proprietà. Tale nozione, va subito precisato, è estrapolata pressoché di sana pianta dal nostro codice civile (art. 1140), ma con una significativa amputazione finale. La norma richiamata ricomprende infatti nel possesso anche l'esercizio di fatto di diritti reali parziari, il che invece esula dall'analogo concetto espresso dall'esperienza giuridica romana almeno fino alla sua fase ultima.

Da quanto premesso si evince dunque che proprietà e possesso su un bene non postulano necessariamente un medesimo referente soggettivo. Così Tizio può essere al contempo proprietario e possessore – il che peraltro accade di solito –; ma può anche essere solo proprietario: se, ad esempio, ha subito furto della cosa; o, infine, solo possessore: qualora, al contrario, abbia trovato una *res* da altri smarrita e sulla stessa si comporti da padrone.

[elementi: *corpus*] Mette pure conto soffermarsi ora sulla formulazione dell'ultimo esempio. Da esso si ricava che possessore non è ogni soggetto che ha la cosa presso di sé in un rapporto di materiale disponibilità: tale dato – si badi – occorre, ma non è sufficiente. Ai fini della *possessio* si richiede in aggiunta l'atteggiamento psicologico che caratterizza il rapporto del *dominus* con l'oggetto del suo diritto, con quelle connotazioni di assolutezza ed esclusività in chi nel godimento e nell'utilizzazione del bene non riconosce né limiti cronologici predefiniti, né altrui priorità o interferenze che non abbia egli stesso avallato.

In tal senso può ancora ritornare utile, al fine di delineare i due elementi del possesso a cui si accennava, l'immagine del cacciatore: i caratteri del suo rapporto fisico e della sua propensione volitiva nei confronti della preda esprimono più efficacemente di ogni altro esempio le due indicate componenti che integrano il possesso. Esse sono dette, rispettivamente, *corpus (possessionis)* e *animus (possidendi o rem sibi habendi)*: termini che a loro volta riproducono dialettica e complementarietà dell'aspetto materiale e di quello spirituale da sempre ritenuti peculiari all'essere umano. I bizantini, con immediatezza non minore, parleranno di *psyché despózontos*, che consiste letteralmente nell'inclinazione d'animo del dominante.

[possesso e detenzione] È dunque possessore chi, godendo della disponibilità della cosa, e ancorché eventualmente consapevole di ledere il diritto altrui come accade per il ladro, intende tenere la stessa per sé. Non è per converso possessore chi, pur trovandosi in rapporto diretto con il bene, sul quale magari opera un assai esteso ambito di fruizione, di tale *animus* difetta in quanto, riconoscendo l'altrui *possessio*, esercita la propria disponibilità per conto del suo dante causa. Hanno pertanto non il possesso ma la mera detenzione della cosa – detta nelle fonti *naturalis possessio* o *possessio pro alieno* (cioè in nome di altri) – soggetti come l'usufruttuario, il comodatario, il depositario, il conduttore, e così via.

[possessori con mera difesa interdittale:] Possessori in certo senso anomali, legittimati alla difesa interdittale (oltre) ma privi di *animus* nel senso già visto – e quindi impossibilitati a usucapire – sono il creditore pignoratizio, il sequestratario e il pre-

carista.

[creditore pignoratizio, sequestratario] Chi sia il creditore pignoratizio è detto nel paragrafo prima di questo; sequestratario – come si vedrà anche in seguito (cap. VI § 7) – è un soggetto che assume la custodia di una cosa la cui spettanza è controversa con l'obbligo di restituirla a chi risulterà averne titolo; precarista è colui che riceve in graziosa e gratuita concessione un appezzamento di terreno, *ager publicus* o in seguito anche fondo privato, con l'obbligo di restituirlo al concedente non appena questi, a sua assoluta discrezionalità, gli revochi il favore.

L'anomalia di cui si diceva è in dottrina variamente giustificata, ma oggi non manca chi contesta la stessa pretesa atipicità, poiché l'*animus* sarebbe presente anche in queste ipotesi, non però come *animus domini*, ossia come propensione soggettiva analoga a quella del padrone, ma come *animus possidendi* in senso stretto, proprio, cioè, di chi si vale della cosa secondo un suo specifico interesse, pur senza quei connotati di esclusività peculiari alla prima gradazione soggettiva.

L'impostazione qui seguita, che vuole il possesso integrato dalla compresenza di due elementi essenziali – il *corpus* e l'*animus* – è quella che, oltre ad essere tuttora la più diffusa nelle sue linee di fondo, si presenta anche come la più idonea a un approccio didattico elementare come la problematica della *possessio* romana. Essa in definitiva permette un gioco di composizione e scomposizione dei due ingredienti con risultanze dogmatiche sufficientemente scolpite: se ci sono, insieme, *corpus* e *animus* si ha *possessio* effettiva; se c'è solo il *corpus*, ma non l'*animus*, si ha detenzione (*possessio alieno nomine*); il solo *animus*, infine, in rapporto a talune precise fattispecie, risulta a volte idoneo a conservare il possesso.

Già conosciamo la distinzione tra possesso di buona fede, proprio di chi è convinto di non ledere il diritto altrui, e possesso di mala fede, fondato sul presupposto contrario. Sappiamo anche che solo il possesso (*suo nomine*) di buona fede, sussistendo la *iusta causa* e gli altri requisiti specifici, può condurre all'*usucapione* (§ 7). Poco sopra si è appreso che esiste anche una forma di possesso – lo si voglia o no chiamare anomalo – che solo gode di tutela interdittale ma che non può sfociare in alcun modo nell'*usucapio*.

[oggetto] Oggetto del possesso sono le stesse cose corporali su cui può insistere il diritto di proprietà. Sono quindi da escludersi le *res extra commercium* e le persone libere, nonostante le si abbia eventualmente in potestà (Gai. 2.90, con riferimento ai soggetti *in manu* e *in mancipio*). Si ha tuttavia *possessio* sull'uomo libero che in buona fede si ritenga in condizione servile.

[acquisto] Il possesso si acquista, dice Paolo in uno dei non molti testi in argomento di impostazione generale (D. 41.2.3.1; P.S. 5.2.1), insieme con il *corpus* e con l'*animus*: l'uno o l'altro da solo non basta – prosegue il giureconsulto –, ma il *corpus* può essere anche altrui, se l'*animus* è nostro. Si verifica quest'ultimo caso allorché, ad esempio, Tizio si accorda con il venditore che consegni la cosa a Caio preventivamente incaricato di tenerla per lui in deposito.

Il *corpus* non va sempre inteso come apprensione o insistenza fisica sul bene: vale il quadro prospettato in tema di *traditio* (con particolare riferimento alle forme spiritualizzate della stessa [§ 8]); d'altra parte *occupatio* e *traditio* sono anche modi d'ac-

quisto, rispettivamente originario e derivativo, della *possessio*.

Nell'acquirente il possesso è richiesta la capacità giuridica, nonché quella di intendere e volere: così vengono esclusi dall'acquisto il pazzo e l'impubere, a meno che – per quest'ultimo – non intervenga l'*auctoritas tutoris*. Il possesso può inoltre conseguirsi tramite sottoposti: *filiis familias*, servi propri o altrui purché posseduti in buona fede, persone libere possedute in buona fede. All'epoca di Gaio era dubbio se giovassero in tal senso le persone *in manu* e *in mancipio*, nonché i servi in usufrutto. Quanto ai soggetti liberi diversi dai predetti, l'acquisto può compiersi ad opera del tutore per il pupillo, nonché tramite *procurator omnium bonorum* (nel diritto giustiniano anche a favore di rappresentato non al corrente).

[conservazione] Riguardo alla conservazione del possesso, vi sono casi in cui essa avviene *solo animo* (animale selvatico che d'abitudine va e torna, servo in luoghi lontani, pascoli invernali e estivi; anche del servo in fuga si ammise, pur non senza remore, che si conservasse la *possessio* solo in forza dell'atteggiamento volitivo). Su altro fronte, l'integrità mentale richiesta per l'acquisto cessa di essere imprescindibile per la conservazione, onde la follia sopravvenuta non fa perdere il possesso conseguito: come non lo perde il dormiente, dicono i giuristi (D. 41.3.31.3, di Paolo [o Pomponio]), assimilando così il sonno fisiologico a quello “della ragione”.

Portando alle logiche conseguenze la dottrina di Paolo, poco sopra richiamata, la conservazione del possesso tramite detentore (usufruttuario, comodatario, ecc.) non deve considerarsi attuata *solo animo*, ma con *animus* proprio e *corpus* altrui; sarebbero quindi presenti ambedue gli aspetti.

[perdita] Il possesso si perde infine *animus et corpore*, in ipotesi di *traditio*; *solo corpore*, se – ad esempio – la cosa viene rubata; infine *solo animo*, quando, pur continuando ad avere il bene sotto mano, si desiste dalla volontà di possederlo. È tuttavia escluso che il possesso di una cosa detenuta da altri sia perduto, con relativo acquisto al detentore, per un mero mutamento della propensione volitiva di quest'ultimo (divieto di inversione del possesso); occorre l'intervento del possessore (che operi, ad esempio, una *traditio brevi manu* [§ 8]).

15. La difesa del possesso. Il quasi possesso

[quasi possesso] Il possesso è tutelato da interdetti. Tali interventi pretori si ritengono sorti al fine di difendere il godimento di porzioni di *ager publicus*, di norma non assegnate in proprietà.

[fondamento della tutela del possesso] Ma perché – si potrebbe domandare – l'ordinamento tutela una situazione che non corrisponde a un diritto soggettivo?

Le spiegazioni normalmente addotte a fondamento della tutela possessoria sono molteplici e non si escludono. In particolare da un lato si fa leva sulla generale negazione dell'autodifesa e quindi sulla salvaguardia dell'ordine sociale; dall'altro sul fatto che il possesso, essendo l'immagine concreta della proprietà, ne fa presumere l'esistenza. Così, se ogni volta che il proprietario esercita una delle molteplici facoltà che gli competono sul bene dovesse fornire la prova del proprio diritto, si trove-

rebbe in pratica impossibilitato a fruirne. **[agire in possessorio e in petitorio]** Quindi il possesso gode di una tutela in sé considerato, indipendentemente dall'esistenza di un diritto soggettivo: si può fare così questione di diritto – e allora, si suol dire, si agisce in petitorio –; si può far anche esclusivamente questione di possesso, e allora si agisce in possessorio. Ne consegue che il proprietario possessore che sia spogliato della *possessio*, anziché agire in rivendica (in petitorio) sobbarcandosi l'onere di provare il fondamento del suo diritto, può agire in possessorio e ottenerne la reintegrazione: il che è per lui assai più rapido e agevole perché ciò che gli necessita provare è solo un possesso preesistente alla lesione. In tal modo la questione del diritto resta impregiudicata, ma egli, ritornando a essere possessore, si trova in posizione di vantaggio rispetto a ogni altro rivendicante.

[tipi di interdetti possessori] Gli interdetti possessori sono o *adipiscendae possessionis* – per acquistare un possesso prima mai avuto (come il *Salvianum* [§ 14]) –, o *retinendae possessionis* – per conservare il possesso (come l'*uti possidetis* e l'*ùtrubi* [oltre]) –, o *reciperandae possessionis* – per recuperare il possesso (come l'*unde vi* [oltre]).

[interdetto uti possidetis] L'*interdictum uti possidetis* (“come possedete”: dalle prime parole dell'ordine pretorio) è probabilmente il più antico, sorto, come si diceva, al fine di tutelare la *possessio* di *ager publicus*. Sembra inoltre che sulla formula di tale interdetto abbia avuto incisiva influenza il metodo di composizione delle controversie internazionali mediante trattati.

L'interdetto è duplice, cioè l'ordine del magistrato è rivolto a entrambi i contendenti: (D. 43.17.1 pr., di Ulpiano) “Vieto che sia fatta violenza affinché non possediate quella casa di cui si tratta così come la possedete: l'uno rispetto all'altro senza violenza, clandestinità o precarietà (*nec vi nec clam nec precario*)”. Il comando ha una marcata componente ipotetica, perché il pretore in sostanza dice questo: si fissi la situazione iniziale di chi tra i due ha posseduto l'edificio senza lesione dell'altro e a questa si resti o si ritorni. Così se l'attuale possesso di Tizio non è vizioso rispetto a Caio, Tizio continuerà a possedere, diversamente (se egli ha espulso l'avversario dal fondo, vi si è introdotto di nascosto, o lo ha ricevuto in precario da quello), il possesso ritornerà a Caio, e in questo caso l'interdetto avrà, nonostante la categoria in cui è inserito, funzione recuperatoria. Non è tuttavia improbabile che la possibilità di invertire la situazione possessoria attraverso la c.d. *exceptio vitiosae possessionis* (eccezione di possesso viziato: *nec vi nec clam nec precario*) sia dovuta al successivo ampliamento di un testo interdittale che in origine prevedeva la mera conservazione dello *status quo*: (Gai. 4.160) “Vieto che sia fatta violenza affinché non possediate così come possedete ora”.

Il giudizio è relativo: violenza, clandestinità e precarietà rilevano solo con riferimento all'altro contendente, per cui chi ha ottenuto il possesso per violenza deve cederlo allo spossessato, ma non soccombe di fronte a un terzo rispetto al quale la sua *possessio* non può dirsi affetta da vizio.

Come si disse (§ 6), tale interdetto – analogamente al successivo di cui diremo – fu anche utilizzato per decidere chi in caso di contestazione possessoria in vista di un giudizio di rivendica dovesse ritenersi possessore col relativo vantaggio sul piano probatorio.

[interdetto *utrubi*] L'*interdictum utrubi* (“in quello dei due luoghi”) riguarda invece il possesso dei beni mobili, ed è duplice come il primo: “Vieto che sia fatta violenza affinché l'uomo di cui si tratta non venga condotto nel luogo di colui presso il quale si trovò per la maggior parte di quest'anno senza violenza, clandestinità o precarietà rispetto all'avversario”. Ha dunque la meglio quello tra i due contendenti che nell'ultimo anno ha più a lungo posseduto la cosa (nella fattispecie il servo) in modo non vizioso rispetto alla controparte: a tal fine egli può computare a proprio vantaggio anche la *possessio iusta* del suo dante causa. Come il precedente, anche questo interdetto può avere quindi funzioni recuperatorie.

[interdetto *unde vi*] Funzioni recuperatorie ha invece per sua natura l'*interdictum unde vi* (“dove con la violenza”), a vantaggio dello spossessato con la forza, che viene così reintegrato. Solo in un caso tale reintegrazione è esclusa, e cioè se l'autore della violenza ha agito per riottenere un possesso rispetto a lui violento, clandestino o precario: si dice che in questa ipotesi egli può giovare dell'eccezione di possesso vizioso. **[violenza armata]** Questa è invece a sua volta inopponibile nell'interdetto *de vi armata* (sulla violenza esercitata con armi [anche improprie]), perché l'uso di questa forma di coazione è comunque inibito (sulla procedura interdittale si rinvia al cap. III § 10).

In età postclassica proprietà e possesso tendono sostanzialmente a confondersi, per via del fenomeno a cui si è già altrove accennato, e i due termini diventano interscambiabili: *firma possessio* è detta talora la proprietà, *momentaria possessio* il possesso vero e proprio. La stessa difesa interdittale, scomparsa la procedura *per formulas*, tende a spostarsi sul medesimo piano di quella dei diritti, sia pure con tempi più accelerati, onde le Istituzioni giustinianee potranno concludere che anche gli interdetti sono ormai diventati delle azioni (I. 4.15.8).

[regime giustiniano] Giustiniano, in uno dei suoi consueti recuperi, ripristinerà l'*interdictum uti possidetis*, esteso anche alla difesa delle cose mobili (con esclusione quindi del computo annuale retrospettivo) e, al fine di disincentivare comunque il ricorso alla violenza, toglierà la possibilità di opporre all'*interdictum unde vi* l'*exceptio vitiosae possessionis*.

[quasi possesso] Sempre in età postclassica emerge la categoria concettuale del possesso dei diritti, chiamato *quasi possessio*, termine peraltro già usato dai giuristi del principato per indicare ipotesi in cui a un detentore era dato valersi della difesa interdittale: talora estesa in via utile (*uti possidetis* concesso all'usufruttuario), in altri casi attribuita in forma diretta e specifica (interdetto a favore del superficiario che pure, come si è detto, possessore non è).

Va tuttavia precisato che i giureconsulti classici partivano sempre dal presupposto di un oggetto della situazione che diremmo “parapossessoria” costituito da una cosa corporale e non da un diritto – ad esempio, di usufrutto, servitù, ecc. –, come invece, complice un sostanziale appannarsi dei contorni tecnici degli istituti, avviene in età successiva.

Avendoli considerati potenziali oggetti di possesso, tale nuova prospettiva rese poi possibile l'acquisto dei diritti reali parziari per *longi temporis praescriptio*, che dal canto suo era nata – lo abbiamo visto (§ 7) – non come modo di acquisto vero e pro-

prio, ma come mezzo per respingere il titolare di un diritto rimasto a lungo inerte. Ciò facilitava in notevole misura l'arrivo a questa meta finale, che tra l'altro ha segnato la nostra attuale esperienza giuridica.

CAPITOLO VI

OBBLIGAZIONI

1. Nozioni generali. Cenni sui problemi di origine
2. La prestazione
3. Particolari tipologie di obbligazioni
4. L'inadempimento e la mora
5. Le fonti delle obbligazioni
6. Il contratto
7. I contratti reali
8. I contratti verbali
9. I contratti letterali
10. I contratti consensuali: la compravendita
11. Cont.: la locazione-conduzione
12. Cont.: la società
13. Cont.: il mandato
14. I contratti innominati
15. I patti
16. I quasi contratti
17. I delitti. Generalità
18. Cont.: il furto
19. Cont.: la rapina
20. Cont.: il danneggiamento
21. Cont.: le ingiurie
22. I quasi delitti
23. Le garanzie delle obbligazioni
24. La trasmissione delle obbligazioni
25. I modi di estinzione delle obbligazioni

1. Nozioni generali. Cenni sui problemi di origine

[diritti assoluti e relativi] Nel delineare la distinzione fra diritti assoluti, in particolare diritti reali, e diritti relativi, di obbligazione, si è spiegato che con riferimento ai primi il titolare della situazione giuridica soggettiva, per la realizzazione dell'interesse da questa implicato, non ha bisogno della cooperazione di altri soggetti specifici, essendo al contempo necessario e bastevole che i restanti consociati, nella loro totalità, si astengano genericamente da ingerenze pregiudizievoli all'esercizio del diritto; mentre la soddisfazione dell'interesse che fa capo al soggetto attivo del rapporto obbligatorio (il creditore) richiede un preciso comportamento – magari anche in negativo, consistente cioè nel non fare qualcosa, nel mero sopportare – da parte di un soggetto passivo (il debitore) specificamente determinato sulla base di una relazione personale.

[contenuto della obbligazione] Il carattere contenutistico dell'*obligatio* descritto poco sopra è rappresentato in rapida sintesi da un notissimo testo di Paolo: (D. 44.7.3 pr.) *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* (“L'essenza delle obbligazioni non consiste nel fare nostro un bene corporale o nostra una servitù, ma nel costringere un altro nei nostri confronti a dare, fare, prestare qualcosa”).

Il pensiero del giureconsulto tardoclassico potrebbe a prima vista essere frainteso, ricavandosi l'errata convinzione che una *obligatio* non possa avere come contenuto il trasferimento della proprietà di una cosa. Come vedremo meglio nel paragrafo successivo a proposito della prestazione – e a quella sede rinviamo anche per l'esame degli altri due concetti tecnici del *facere* e del *praestare* –, la prestazione di *dare* si identifica proprio nel trasferimento della proprietà di un bene.

Paolo in realtà intende dire una cosa diversa. Egli si pone dall'angolo visuale prima di chi è titolare di un *ius in re*, pensiamo al proprietario, poi di chi è invece soggetto attivo di un rapporto obbligatorio. Il diritto di proprietà si concreta nell'ampissimo complesso di facoltà sul bene, di cui già si è detto (cap. V § 3); per l'obbligazione nulla di tutto questo: al creditore è assicurata dall'ordinamento una possibilità satisfattiva, che gli consente, in caso di debitore inadempiente, di agire contro di lui per ottenerne la condanna.

Ma mentre la titolarità di un diritto reale coincide sostanzialmente con la soddisfazione dell'interesse e si pone su un piano concettuale di autonomia finalistica, la titolarità di un credito fornisce, di per sé, soltanto una garanzia strumentale: l'interesse sarà soddisfatto esclusivamente a prestazione eseguita, in modo spontaneo o coattivo (non rileva ai fini del discorso che stiamo svolgendo il carattere pecuniario della *condemnatio* nel processo formulare [cap. III § 7]).

[azione personale] In stretta connessione logica con la nozione sostanziale di *obligatio* fornita da Paolo si pone la definizione gaiana dell'*actio in personam* che tutela il relativo rapporto: (Gai. 4.2) *In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus 'dare facere praestare oportere'* (“È personale l'azione con cui agiamo contro qualcuno che ci è obbligato in forza di

contratto o di delitto, cioè quando pretendiamo 'che si debba dare, fare o prestare'").

[diritto (relativo) e azione (personale)] Prescindendo per ora dalla considerazione del contratto e del delitto quali fonti delle obbligazioni (§ 5), è particolarmente notevole nel passo istituzionale di Gaio il collegamento tra *actio in personam* e *oportere*. Il verbo, che figura sia nel recitativo delle *legis actiones in personam* sia, successivamente, nelle formule delle azioni personali *in ius conceptae*, è il segno del vincolo rilevante e tutelato sul piano del diritto civile, per lungo tempo – poi le cose muteranno – il solo che possa dirsi *obligatio*.

Ritorniamo ora al testo di Paolo. Il giurista tardoclassico precisa che l'essenza dell'*obligatio* va vista nel fatto che essa *alium nobis obstringat*, cioè costringe un altro verso di noi. Il verbo *obstringere*, in significativo parallelismo semantico con l'*obligare* (legare, vincolare) a cui si riconnette la parola *obligatio*, trova un ulteriore – e assonante – sinonimo nel verbo *adstringere* che ricorre nell'altra, ancor più celebre, definizione di *obligatio* proposta dalle Istituzioni giustinianee (3.13 pr.): *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* ("L'obbligazione è un vincolo giuridico in forza del quale siamo necessariamente tenuti a un adempimento secondo il diritto del nostro Stato").

[giuridicità del vincolo (*iuris vinculum*)] Il passo, che ha quasi certamente una radice classica, ancorché oggi non identificabile, sottolinea la giuridicità del vincolo (*iuris vinculum*), alludendo in tal modo a due diversi aspetti del medesimo. In primo luogo al carattere formale – e quasi alla valenza metaforica – dello stesso rispetto a un precedente, ormai remoto, asservimento personale connesso alle origini dell'obbligazione (su cui tra poco). In secondo luogo, e in positivo, si intende rimarcare che, a differenza di altre fonti di doveri, l'*obligatio* trova nel diritto riconoscimento e sanzione. Tale coercibilità viene poi più evidentemente scolpita nella relativa che subito segue: *quo necessitate adstringimur* ("in forza del quale siamo necessariamente tenuti"). L'insistenza concettuale – per taluni eccessiva – rivelata dall'espressione *necessitate adstringere* si giustifica in base al dato della responsabilità gravante sul debitore, che non può essere elusa ma solo disattivata in forza di un preciso sacrificio da parte di quest'ultimo: essa finisce, insomma, col dare ragione della stessa forza del vincolo. Vero vincolo, in senso giuridico, è soltanto il vincolo coercibile: proprio per questo il diritto romano non ammette la condizione meramente potestativa (cap. IV § 3) né l'esonero pattizio dalla responsabilità per dolo (§ 4), i quali, sotto aspetti diversi, metterebbero il creditore alla mercé dell'obbligato, vanificando la serietà del legame.

[obbligazioni civili e pretorie] Infine, non riteniamo che nell'espressione "*secundum nostrae civitatis iura*" sia da individuare una precisa limitazione al diritto civile. È vero che solo nella formula *in ius concepta* appare l'*oportere* rivelatore della presenza dell'*obligatio*; ed è pure vero che a proposito dei vincoli tutelati dal pretore in via autonoma si parla di *actione tenèri* (essere tenuti in forza di un'azione), alludendosi alla valenza processuale più che sostantiva che sul piano del diritto onorario sta alla base della costruzione: non va tuttavia dimenticato che anche queste figure sono poi progressivamente attratte nell'orbita dell'*obligatio* e ricevono la denominazione

di *obligationes honorariae*; che, stando a Ulpiano (D. 44.7.42.1), sono da ritenersi creditori sia coloro che possono giovare di un'azione civile (non paralizzabile da un'*exceptio*), sia quelli che dispongono di un'*actio honoraria*; infine, che quando Gaio all'inizio del suo manuale (1.2) vuole indicare il diritto romano nel suo complesso, con inclusione pure del diritto pretorio (1.6), usa l'espressione *iura populi Romani*.

[problema dell'origine] Problema assai complesso e passibile soltanto di soluzioni ipotetiche, è quello, poco sopra affiorato, dell'origine dell'obbligazione. Ci limiteremo a alcune linee-guida.

Lontane progenitrici dell'*obligatio* paiono esser state figure giuridiche ancora in buona sostanza oscure, come i *vades*, i *praedes* e il *nexum*. **[vades e praedes]** I primi due erano una sorta di ostaggi garanti processuali, destinati a assicurare rispettivamente la comparizione in giudizio del convenuto, e una gamma più varia di prestazioni sempre connesse a una lite (sui *praedes* nella *legis actio sacramento* vedi cap. III § 3). **[nexum]** Il *nexum* è un atto per rame e bilancia, come la *mancipatio*, in cui un soggetto, il *nexus*, si poneva in una condizione paraservile nei confronti di un altro soggetto che gli aveva prestato una somma di denaro pesando davanti a lui i ben noti pani metallici (cap. V § 8).

Come è agevole rendersi conto, si tratta in ogni caso di un vincolo fisico, di un asservimento personale, non certo del *iuris vinculum* della definizione istituzionale. E poi – c'è di più – *vades* e *praedes* sono soggetti diversi dal vero obbligato: potremmo dire che essi rispondono per un altro. Il *nexus*, dal canto suo, è invece obbligato e al contempo risponde di persona, ma anche tale responsabilità non consiste nella soggezione a una sanzione se il creditore resterà insoddisfatto: come i suoi “omologhi” nominati prima, egli soffre infatti già un male, da cui la soddisfazione del creditore varrà poi a liberarlo (circa la necessità sul piano formale della *solutio per aes et libram* vedi § 25).

[sponsio...] La dottrina è pressoché concorde nell'individuare nella *sponsio* la prima figura di *obligatio* a evoluzione compiuta, come l'abbiamo descritta in questo paragrafo. Essa in origine svolgeva probabilmente solo funzione di garanzia (che peraltro ha mantenuto in epoca successiva un ruolo rilevante [§ 23]): si noti che ancora in età postclassica il verbo indicante la prestazione è usato all'infinito passivo (*centum 'dari' spondes?* “prometti che 'siano dati' [o 'si diano'] cento?”, non *centum 'te daturum' spondes?* “prometti che 'tu darai' cento?”); inoltre il termine *sponsor* ha sempre indicato il promittente in garanzia, mai, anche in seguito, il debitore principale. **[... e sua evoluzione]** Tuttavia la *sponsio* è giunta, con evoluzione precoce e già compiuta al tempo delle XII tavole, a convogliare sul soggetto passivo del rapporto obbligatorio sia il debito, ossia il dovere di adempiere, sia la responsabilità, intesa ora come assoggettamento a una sanzione (personale o patrimoniale) in caso di prestazione ineseguita. Il che sta alla base del concetto romano di *obligatio*, così come peraltro lo ha ereditato l'esperienza giuridica moderna.

2. La prestazione

[**contenuto:**] Come risulta dalla definizione di *obligatio* fornita dal giurista Paolo e da quella di *actio in personam* presente nelle Istituzioni di Gaio, il contenuto della prestazione può consistere in un *dare*, o in un *facere*, o in un *praestare*.

[**dare**] Nei negozi solenni del diritto civile – in particolare la stipulazione e il *legatum per damnationem* – in cui *dare* figura nella stessa formula che dà vita al vincolo, il verbo allude alla trasmissione della proprietà o alla costituzione di un altro diritto reale. Nel primo caso deve trattarsi di trasferimento sia della titolarità, piena e stabile (vedi anche § 3), sia della disponibilità della cosa: ciò vale ovviamente per i modi di trasferimento come la *mancipatio* e la *in iure cessio*, a cui deve pure accompagnarsi la trasmissione del pacifico possesso. Per le cose passibili di *traditio* il problema è semplificato dal fatto che, nel momento in cui lo si attua in base a causa idonea, il negozio fa conseguire sia la proprietà sia il possesso (cap. V § 8).

A questo contenuto del *dare* si affianca in seguito, in taluni contratti di buona fede protetti inizialmente dal pretore, come il deposito e il comodato, una valenza diversa, che vi individua, fuori da un'ottica di realtà, la restituzione della cosa detenuta a chi ne è rimasto proprietario.

[**facere (non facere)**] *Facere* ha un'ampia valenza contenutistica: il compimento di un'opera, una prestazione lavorativa; in negativo (*non facere*) l'astensione da un preciso comportamento. Non di rado, sovrapponendosi così all'ambito del *dare* indicato per ultimo, si riferisce alla trasmissione del possesso di una cosa.

[**praestare.**] *Praestare* è termine dai contorni più problematici: ove non equivalga a *dare*, o a *facere*, esso isola una propria specificità nei significati di “stare responsabile per”, “rispondere di”: ad esempio, nelle espressioni *praestare culpam*, *praestare dolum*, *praestare evictionem* (§ 10), e simili.

[**requisiti:**] Requisiti della prestazione, ricavabili dall'articolata casistica delle fonti sono: la possibilità, la liceità, la determinatezza o determinabilità (l'art. 1346 c.c. li indica, nell'ordine, quali requisiti dell'oggetto del contratto), e infine la patrimonialità (l'art. 1174 c.c. ne parla a proposito della prestazione in generale).

[**possibilità**] La prestazione deve essere possibile. Se la prestazione all'origine è oggettivamente inattuabile, l'obbligazione non sorge. L'impossibilità può essere di natura fisica: celebre l'esempio di Gai. 3.97a, relativo alla *stipulatio* avente ad oggetto “una cosa che in natura non può esistere, come un ippocentauro”; oppure può essere di natura giuridica: ad esempio, se si stipuli la dazione di un uomo libero, o di una cosa sacra, o pubblica, fuori, quindi, della disponibilità dei privati. È invece valida la promessa di dare una cosa altrui, che obbliga il debitore a procurarsela e a trasmetterla al creditore: qui, più che di impossibilità in ordine alla prestazione, può parlarsi di difficoltà, che non inficia la nascita dell'*obligatio*.

Quello relativo all'impossibilità sopravvenuta della prestazione è argomento diverso, di cui pertanto ci occuperemo in altra sede (§ 4).

[**liceità**] La prestazione deve essere lecita. È invalida l'obbligazione la cui prestazione sia vietata o, anche, contraria ai *boni mores*, cioè al comune sentimento morale. Va distinta, in proposito, la prestazione illecita in sé considerata – si pensi alla

promessa di commettere furto o ingiuria –, dalla prestazione astrattamente lecita ma che sia vietato rendere oggetto di *obligatio*: ad esempio, stipulazione di un compenso per non commettere furto o ingiuria; o di una penale se si istituirà, o non si istituirà, erede Tizio. In tali ultimi casi, che investono pure la condizione illecita, si può più propriamente parlare di negozio con causa illecita: la causa infatti è in definitiva espressa dal contenuto della condizione.

La distinzione non ha rilievo solo teorico, giacché – sia pure procedendo per grandi linee – si può dire che nel primo caso anche un negozio di stretto diritto come la stipulazione è invalido sullo stesso piano civilistico; nel secondo caso il medesimo negozio, e quindi l'obbligazione, è *iure civili* operante, ma può essere inattivato sul piano della tutela pretoria, mediante diniego dell'azione (*denegatio actionis*) o *exceptiones*.

[determinatezza o determinabilità] La prestazione deve essere determinata, o almeno determinabile. Determinata è, ad esempio, la promessa di dare l'uomo Stico, di seminare il fondo Corneliano, di tingere un preciso abito. Determinabile quella che può essere circostanziata in base a dati esistenti benché contingentemente ignoti – ad esempio, “lo stesso prezzo pagato lo scorso anno” – oppure a dati futuri – ad esempio, “l'uva che produrrà il tuo vigneto” –, tra i quali si può pure ricomprendere la scelta di una delle parti (circa le obbligazioni alternative e generiche vedi § 3).

[(determinazione da parte di un terzo)] Oltre che alla determinazione, di una delle parti o di un terzo, intesa come scelta tra più oggetti o entro un genere, la determinazione può essere intesa come stima, ossia come fissazione di un valore o di un ammontare (ad esempio, del prezzo nella compravendita). I testi giuridici distinguono in proposito il c.d. *arbitrum merum* dall'*arbitratus boni viri*. Si ha il primo quando la determinazione dello stimatore è del tutto libera, col connesso rischio anche di palese iniquità; si ha il secondo allorché la stima, con criterio ora di valutazione oggettiva, è parametrata sul prudente apprezzamento del galantuomo, e come tale risulta eventualmente sindacabile. Per ragioni che è facile intuire, l'*arbitrium merum* è visto con sfavore, tanto da risultare quasi relegato a una figura teorica, ed è comunque escluso – sempre a favore del secondo tipo di arbitraggio – se la stima è rimessa a una delle parti.

[patrimonialità] La prestazione, infine, deve avere carattere patrimoniale, cioè, secondo la concezione sociale, deve essere suscettibile di valutazione in denaro. Il principio è in particolare intuitivo se correlato alla struttura della condanna nel processo formulare, la quale consiste sempre in una *aestimatio* pecuniaria; e però tale requisito conserva identico rilievo nel regime dei *iudicia extra ordinem*.

[esclusione di *obligatio* sorta in capo all'erede] È regola del diritto civile che l'erede possa trovarsi ad essere creditore o debitore in rapporto a un'*obligatio* posta in vita dall'ereditando solo in forza di successione a quest'ultimo. In altri termini, è escluso che un soggetto possa far sì che una obbligazione da lui contratta nasca, dal lato attivo o passivo, direttamente in capo all'erede: “l'obbligazione non può avere inizio dalla persona dell'erede” (Gai. 3.158).

Tale canone, a cui accenniamo in questa sede per evidente analogia tematica, ha certamente origini antiche, peraltro assai poco sondabili. Si può dire che in virtù

del suo precetto erano, ad esempio, invalide stipulazioni come: “prometti di dare al mio erede?”; “prometti che il tuo erede mi darà?”; “prometti che si dia dopo la mia (o “la tua”) morte?”; e, pure, “prometti che si dia il giorno prima che io (o “che tu”) muoia?”, perché – spiega Gaio (3.100) – tale giorno è noto solo a morte avvenuta. I giuristi salvavano invece “prometti che si dia quando morirò (o “quando morirai”)?”, perché ci si figurava una obbligazione nata in capo allo stipulante o al promittente nell'ultimo momento di vita. Siamo di fronte, è ovvio, a un mero espediente che vale ad aggirare una regola ormai poco sentita in età classica. Altri modi per evitarne l'operatività sul piano sostanziale erano il ricorso a un *adstipulator* (§ 25) o a un *pactum de non petendo* che esonerasse il debitore ma non i suoi eredi (in ambito pretorio ciò era ammesso). Giustiniano tuttavia, con alcuni concatenati interventi legislativi, eliminerà del tutto tale principio dall'ordinamento.

3. Particolari tipologie di obbligazioni

Sulla base dell'articolata casistica, specialmente in tema di stipulazioni (§ 8) e di legati obbligatori (cap. VII § 10), che emerge dalle fonti, la dottrina ha isolato alcune figure di *obligationes* caratterizzate da un nucleo di regole loro proprie.

[classificazioni e parametri di riferimento] Con riferimento all'oggetto della prestazione, si possono individuare obbligazioni alternative e obbligazioni generiche; con riferimento ai soggetti del rapporto, obbligazioni solidali; con riferimento all'uno e agli altri insieme, obbligazioni indivisibili; con riferimento agli effetti, obbligazioni naturali. Ne tratteremo nell'ordine.

[obbligazioni alternative] Dicesi alternativa – il termine è degli interpreti medievali – l'*obligatio* che ammette più di una possibile prestazione (le fonti contemplano in genere una dualità), e pertanto una scelta, demandata a una delle parti. Qualora essa debba invece essere operata da un terzo, si esula dal campo delle obbligazioni alternative propriamente dette, poiché si configura un caso di rapporto condizionato: il vincolo nasce se la scelta sia compiuta e in base al tenore della medesima. Classico esempio di obbligazione alternativa è fornito dalla stipulazione: “Prometti di dare lo schiavo Stico o lo schiavo Panfilo?”. Nel caso prospettato, e in tutti quelli in cui non sia diversamente stabilito, ci si rimette alla scelta del debitore, il quale, eseguendo una delle prestazioni, è liberato. Dal canto suo, il creditore che agisce in giudizio dovrà guardarsi dall'inserire nella formula una *intentio certa*, eliminando così l'alternativa originaria, onde non incorrere in una *pluris petitio causa* (cap. III § 7). Ovviamente, qualora la facoltà di scelta spetti al creditore, il soggetto passivo del vincolo dovrà attenersi all'elezione palesata dal primo, e solo così sarà liberato.

I problemi maggiori sorgono in rapporto all'impossibilità sopravvenuta di una delle prestazioni. In proposito bisogna distinguere: se la scelta spetta al debitore, l'impossibilità di una delle prestazioni, ancorché ascrivibile a quest'ultimo, concentra l'obbligazione su quella ancora possibile, eseguendo la quale il vincolo si estingue: d'altra parte, visto che la scelta è sua, il debitore ben avrebbe potuto *ab origine* eseguire la prestazione poi risultata superstita. Se la scelta spetta al creditore e

l'impossibilità non è causata dal debitore, si ricade nel caso precedente; altrimenti il creditore, se così preferisce, può chiedere la stima della prestazione ormai impraticabile.

[obbligazioni generiche] È generica l'*obligatio* la cui prestazione consiste nel dare una cosa o una determinata quantità di cose individuate solo quanto alla categoria, più o meno circostanziata, di appartenenza. Occorre subito precisare un dato: la distinzione tra obbligazioni generiche (che sono quelle particolarmente rilevanti) e obbligazioni specifiche non dipende di necessità dalla natura intrinseca, fungibile o infungibile, dell'oggetto, ma soltanto dal modo in cui esso viene in concreto individuato nel rapporto. In tal senso, ancorché di rado, cose fungibili possono essere oggetto di un'*obligatio* specifica (ad esempio, “le botti di vino che si trovano nella mia cantina”); mentre spesso cose infungibili possono essere oggetto di un'obbligazione generica (ad esempio, “un cavallo baio”, “una schiava gallica”).

Se non altrimenti stabilito, qui pure la scelta compete al debitore, il quale, in diritto classico, si libera anche prestando la qualità pessima: ad esempio, un servo malato; non però uno statulibero, perché l'*obligatio* di *dare* comporta il trasferimento di proprietà stabile. (Per quanto concerne la *pluris petitio causa* vale il già detto circa le obbligazioni alternative: così, se si è stipulato “un uomo”, il creditore non può pretendere “l'uomo Stico”, quantunque in ipotesi vilissimo [Gai. 4.53d]). Parimenti non si può impedire al creditore con facoltà di elezione di esigere la qualità eccellente. In diritto giustiniano, al termine di un progressivo orientamento in tale direzione, si afferma il principio per cui chi ha la scelta deve corrispondere – se debitore – almeno la qualità media, o – se creditore – di essa ritenersi pago.

Per questo tipo di obbligazioni in linea di massima non si pone il problema della impossibilità sopravvenuta della prestazione, poiché – si afferma – il *genus* non è soggetto a perimento. Il che è poi vero solo se non si tratti di *genus* limitato, come, ad esempio, il vino di una precisa vendemmia, tanto più se ormai lontana nel tempo.

[obbligazioni solidali:] Sono solidali le obbligazioni con pluralità di creditori (solidarietà attiva) o con pluralità di debitori (solidarietà passiva), allorché a ciascuno sia dovuta, o ciascuno debba, per intero la medesima prestazione.

[a) cumulative] In dottrina si distingue, nel predetto ambito, la solidarietà cumulativa dalla solidarietà elettiva. Nella prima figura, che si presenta assai più spesso dal lato passivo, ciascun debitore può essere convenuto dal creditore per l'intero con azioni che si sommano. Si pensi al caso di furto commesso ai danni di Tizio da più persone in concorso: il derubato potrà pretendere la pena in denaro da ogni complice, ottenendola tante volte quanti sono i ladri stessi.

[b) elettive] Invece nella solidarietà elettiva, che è quella che maggiormente rileva (solidarietà per antonomasia), il pagamento effettuato a uno dei concreditori da parte del debitore lo libera anche nei confronti degli altri; del pari il pagamento al creditore effettuato da uno dei condebitori libera anche tutti gli altri. In definitiva, nelle obbligazioni solidali (elettive), i soggetti, attivi o passivi, del rapporto sono più di uno, ma l'oggetto è visto come unico, onde si capisce che, corrisposto questo a uno dei creditori o da uno dei debitori, l'*obligatio* necessariamente si estingue.

[(solidarietà e parziarietà)] Nel caso di più soggetti dal lato attivo o da quello passivo, la solidarietà non è presunta: se nulla è disposto, dalle parti o dall'ordinamento, l'*obligatio* si considera parziaria, nel senso che ciascun creditore può agire, e ciascun debitore è tenuto, soltanto *pro quota*, né il pagamento al singolo, o da parte del singolo, ha effetto estintivo sugli altri rapporti (in presenza di più condebitori, oggi vige invece la regola opposta [art. 1294 c.c.]).

La solidarietà nasce in genere da stipulazioni in cui, sempre contestualmente, più soggetti si fanno promettere, o promettono, la medesima prestazione, per cui il discorso sulle obbligazioni solidali si innesta in qualche misura su quello relativo alle garanzie personali delle obbligazioni: a tale sede rinviando per ulteriori ragguagli (§ 23). Basti qui concludere con alcuni cenni in tema di estinzione della *obligatio* solidale. Il credito-debito nella sua integrità si estingue, oltre che per adempimento, per *acceptilatio*, *novatio*, *litis contestatio*, *longi temporis praescriptio*, perimento fortuito della *res* specifica. Estinguono il vincolo solo rispetto alla persona interessata la *capitis deminutio*, la confusione, nonché – sul piano pretorio – il *pactum de non petendo in personam* (§ 25).

[obbligazioni indivisibili] Si è anticipato che quella delle obbligazioni indivisibili è una categoria dogmatica fondata sia sulla natura della prestazione sia sulla pluralità dei soggetti. A dire il vero, i due cardini hanno rilevanza disuguale: quello relativo alla tipologia della prestazione è concettualmente imprescindibile; per quello relativo al numero dei soggetti, non si può a rigore affermare altrettanto: indivisibile può essere infatti anche l'obbligazione intercorrente tra un solo creditore e un solo debitore. Sennonché, dal punto di vista della problematica giuridica, la classificazione ha rilievo quasi esclusivamente in presenza di più soggetti, attivi o passivi: di qui l'impostazione adottata in questa sede.

È indivisibile l'*obligatio* la cui prestazione non può essere scomposta in prestazioni parziali che conservino, ciascuna, una rilevanza economica proporzionale rispetto a quella unitaria. Appare evidente che l'indivisibilità della cosa oggetto dell'obbligazione di *dare* rende sempre indivisibile la relativa prestazione. Mentre, ad esempio, la prestazione di dare una certa quantità di cose fungibili è divisibile perché può essere frazionata in tante dazioni parziali che, sommate, equivalgono al tutto. Occorre però intendersi: oggettiva suscettibilità di frazionamento non equivale affatto a analoga possibilità giuridica. Per cui se Tizio ha promesso a Caio venti moggi di frumento, quest'ultimo non è tenuto ad accettare adempimenti parziali: tuttavia essi restano teoricamente possibili e, qualora operati col consenso del creditore, si computano sul dovuto e riducono l'ammontare del risarcimento del danno.

Per converso, la prestazione di fabbricare un'armatura di bronzo non può che essere oggetto di un'obbligazione indivisibile, perché un'opera artigianale di tal sorta, pur conoscendo teoricamente fasi intermedie, non ammette sul piano economico possibilità di scomposizione. Ancora nell'ambito del *facere*, proprio dell'ultimo esempio, è invece divisibile la prestazione di *operae*, cioè di lavoro subordinato.

L'obbligazione di *non facere* è divisibile, ad esempio, se ha per oggetto l'astenersi dal rivendicare una cosa; è invece indivisibile se l'*actio* da non esperirsi è la *confesso-*

ria, su cui si riflette l'indivisibilità delle servitù prediali (cap. V § 10).

L'indivisibilità, si diceva, rende impraticabili adempimenti parziali, per cui in caso di più soggetti attivi o passivi del vincolo non legati da solidarietà – il che risolverebbe il problema in radice – si pone la *quaestio* della esigibilità in concreto della prestazione, che non può comunque scomporsi. La soluzione, a dire il vero, appare in certo modo obbligata, e a questa, infatti, si addivenne: uno dei creditori o uno dei debitori risulta, rispettivamente, legittimato a domandare o tenuto a fornire la prestazione unitaria, con regime in definitiva analogo a quello della già trattata solidarietà, attiva e passiva. Diversi restano invece gli effetti quanto alle cause di estinzione del vincolo, ma è tematica da cui qui possiamo prescindere.

[obbligazioni naturali] L'aggettivo *naturalis*, accostato a *obligatio*, con effetti analoghi a quelli riscontrabili nell'espressione *naturalis possessio* (cap. V § 14), attenua la forza semantica del sostantivo, dando già d'acchito l'idea di un'obbligazione con efficacia minore, quasi “affievolita”, rispetto a quella propriamente detta (*obligatio civilis*). Invero, detto ancora molto in breve, la caratteristica dell'obbligazione naturale si può individuare da un lato nel fatto che si tratta di un rapporto sprovvisto di azione, per cui il soggetto attivo non può ottenere giudizialmente quanto gli spetta se il soggetto passivo rifiuta di adempiere; dall'altro nell'inammissibilità, una volta adempiuto, di ripetere ciò che fu corrisposto (*soluti retentio*).

Si dice in genere che nell'*obligatio naturalis* esiste il debito, ma non la responsabilità. Il primo dato fa sì che la prestazione eseguita, in quanto appunto dovuta, non sia ripetibile con la *condictio indebiti*; il secondo dato impedisce di agire contro il soggetto passivo inadempiente, proprio perché manca la responsabilità, quale si riscontra nell'*obligatio civilis*.

[altri effetti] Altri effetti consistono nella possibilità di garantire l'obbligazione naturale mediante fideiussione (§ 23), nonché di dedurla in compensazione o di novarla (§ 25). Come si disse (cap. II § 2), il debito naturale del sottoposto verso l'esercente potestà si deduce preventivamente dal peculio, limitando la responsabilità del padre o del padrone verso terzi in ordine al medesimo.

[origine] Sembra che in origine si designassero come *naturales* le obbligazioni contratte dagli schiavi verso terzi: si tratta di un rapporto in cui, posto che uno dei soggetti è incapace, si può concretare solo una situazione di fatto, mentre per quel che riguarda gli altri elementi, soggettivi e oggettivi, si realizzerebbe in astratto il quadro di un rapporto valido per diritto civile. Successivamente l'area in parola si estese anche alle obbligazioni tra servo e padrone, tra *filius familias* e *pater familias*, tra sottoposti alla medesima potestà. Anche qui l'impossibilità di un rapporto giuridico obbligatorio è data solo dall'esistenza del vincolo potestativo.

[finale configurazione] Nel diritto giustiniano, attribuendosi all'aggettivo *naturalis* una valenza più specificamente morale, si parla di obbligazione di questo tipo anche quando ci si trovi di fronte a un vincolo etico che, pur in assenza di azionabilità, giustifica la *soluti retentio*, come avviene per la prestazione da parte del liberto a favore del patrono di *operae* che, a rigore, non sarebbero dovute. Tale impostazione finisce però anche, in parte, col rendere meno definiti i contorni dogmatici, perché ora sono qualificate *naturales* anche obbligazioni che in diritto classico erano in

realità azionabili, sia pure sul mero piano pretorio, come quelle contratte dal soggetto *sui iuris* che poi subisce una *capitis deminutio*.

4. L'inadempimento e la mora

[responsabilità “contrattuale”] Il debitore è tenuto a eseguire la prestazione oggetto dell'*obligatio* che a lui fa capo. In caso contrario, qualora cioè non adempia, scatta a suo carico la responsabilità detta con termine moderno “contrattuale”, indipendentemente dalla tipologia della fonte da cui la stessa obbligazione ebbe vita.

[rifiuto di adempiere] Una prima, potremmo dire intuitiva, forma di inadempimento si ha quando il debitore semplicemente, senza addurre motivazioni, rifiuta di prestare quanto gli compete: è del pari evidente che questa fattispecie non dà luogo a alcun problema.

[impossibilità sopravvenuta...] L'adempimento però potrebbe essere divenuto impossibile – diciamo “essere divenuto”, perché se lo fosse stato dall'inizio, l'obbligazione, come è ormai noto, non sarebbe sorta (§ 3) –: ora la questione si fa più complessa, e coinvolge la casistica, ampia e variegata, relativa alle gradazioni della responsabilità, cioè alle diverse soglie a cui, in ragione del fatto generatore della *obligatio*, si attesta la possibilità di conseguire dal debitore un risultato soddisfattivo. Si tratta insomma di stabilire su quale dei due soggetti del rapporto obbligatorio – il creditore o il debitore – vada a gravare il danno collegato alla sopravvenuta impossibilità della prestazione.

[... non imputabile al debitore] Esiste, sul punto, un canone generale: l'impossibilità della prestazione non imputabile al debitore, estinguendo l'obbligazione, libera il medesimo. Ciò anche nei negozi di stretto diritto – come la *stipulatio* (§ 8) –, ove tuttavia l'impossibilità sopravvenuta è tendenzialmente addossata al debitore solo se ricollegabile a una sua azione, escludendosi invece la responsabilità del medesimo per fatto omissivo: così, se chi ha promesso uno schiavo lo uccide, è certamente tenuto, ma se il servo, infermo, è morto per mancanza di cure, il debitore è liberato, perché – si argomenta (D. 45.1.91 pr., di Paolo) – la sua obbligazione consisteva in un *dare*, non in un *facere*. Comunque, la regola di fondo enunciata poco sopra non è del tutto priva di eccezioni: ad esempio, nel caso di *mora* del debitore, di cui ci occuperemo tra breve, a quest'ultimo è fatto carico anche della impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile sul piano causale.

[canoni e gradazioni della responsabilità:] I gradi della responsabilità contrattuale sono determinabili di volta in volta, si diceva, innanzitutto in base alla specifica fonte che diede vita alla *obligatio* e, insieme, ora aggiungiamo, all'atteggiamento tenuto dal debitore in ordine all'obbligo di adempiere che grava su di lui.

[dolo] Prendiamo il caso dell'obbligo di restituire la cosa, che fa capo al depositario. Il deposito, come meglio vedremo in seguito, è un contratto stretto nell'interesse del deponente, il quale a titolo gratuito ottiene la custodia di una *res*. Qualora la restituzione della cosa diventi impossibile, entro quali limiti è responsabile il depositario, che, si è detto, non riceve per sé alcun vantaggio? Non sarà certo tenuto se

la cosa perisce – ad esempio, il cavallo muore – per caso fortuito o forza maggiore, eventi, questi, che nessuno in quelle circostanze avrebbe potuto evitare o contrastare – si pensi a un terremoto, alla caduta di un fulmine, a un'incursione di predoni –; ma non sarà nemmeno tenuto se l'evento sarebbe stato evitabile con cautele tali che a chi fa un favore non è ragionevole chiedere – ad esempio, se il cavallo anziché portato via con la violenza (per cui si rientra nella fattispecie precedente), sia stato sottratto in modo clandestino –: sarà dunque responsabile soltanto per dolo, ossia se egli stesso abbia volontariamente causato la morte, o comunque la perdita, dell'animale.

[custodia tecnica] Prendiamo ora il caso del comodato: stavolta il contratto è stretto nell'interesse di colui che nell'obbligazione di restituire si trova ad essere debitore, e ciò perché egli si serve gratuitamente di una cosa altrui. Orbene, può a suo carico sussistere una soglia di responsabilità allineata a quella, già vista, del depositario? Evidentemente no, perché il vantaggio adesso è il debitore a riceverlo; onde il diritto gli accolla una responsabilità dalle cui maglie è possibile evadere solo in presenza di caso fortuito o di forza maggiore: le fonti dicono che egli è tenuto per *custodia*, termine tecnico che corrisponde per certi aspetti alla nostra responsabilità oggettiva.

[colpa...] Sennonché, a differenza di quanto fino a non molto tempo fa si è ritenuto in dottrina, il diritto classico non ha conosciuto solo i due parametri, rispettivamente soggettivo e oggettivo, del dolo e della *custodia*. Tentando ora di fornire un quadro necessariamente sintetico dei vari livelli della responsabilità per inadempimento, possiamo isolare, oltre a quella del dolo, la figura della colpa. Il dolo, come in parte risulta da quanto detto, si identifica nella volontà di produrre l'evento: non va quindi confuso con il dolo negoziale, definito nel capitolo IV (§ 4). La colpa va invece intesa come volontà non in ordine all'evento, ma in ordine a un comportamento inidoneo a evitarlo, e frutto pertanto di negligenza, imprudenza, imperizia (quest'ultima tipologia di colpa rileva pertanto solo in caso di impegno ad eseguire, in qualità di persona pratica nel ramo, prestazioni tecniche).

[... e suoi livelli:] La colpa, stando agli schemi operati soprattutto per mano dei giustinianeî sulla base però di chiari spunti classici, riscontra poi al suo interno varie gradazioni. **[culpa levis]** Vi è la *culpa levis* (colpa lieve), parametrata sulla diligenza del *bonus pater familias*, ossia dell'uomo mediamente accorto; **[culpa lata]** la *culpa lata* (colpa grave), parametrata su quel minimo di diligenza che si manifesta nell'attenersi a quanto è banalmente intuitivo: onde incorre in *culpa lata* – spiegano le fonti – chi non capisce quel che tutti capiscono. Essa finisce con l'essere equiparata al dolo, estendendo originarie responsabilità limitate allo stesso (si pensi al depositario che, per crassa ignoranza, custodisce vicino al fuoco sostanze infiammabili).

[culpa in concreto.] Vi è inoltre la *culpa in concreto*, che riguarda non il modello astratto dell'uomo di normale accortezza (*culpa levis*) o quello della persona di elementare buon senso (*culpa lata*), bensì il comportamento tenuto dallo stesso debitore nella propria gestione personale e negoziale: la *culpa in concreto* trova dunque il proprio referente nella *diligentia quam suis*, ed è riconoscibile quando l'inadempiente è stato più trascurato di quanto non lo sia nelle faccende personali. La *culpa in*

concreto, che segna ad esempio il limite della responsabilità del socio (§ 12), è da considerarsi un grado tendenzialmente più basso di responsabilità rispetto alla *culpa levis*, perché non si può imputare al debitore una diligenza inferiore a quella dell'uomo medio se, nel gestire i propri affari, egli dell'uomo medio risulta effettivamente più negligente. In teoria dovrebbe valere anche la reciproca: cioè chi è diligentissimo nelle cose proprie dovrebbe ritenersi responsabile anche se nella circostanza ha tenuto la diligenza dell'uomo medio – e così peraltro la pensano alcuni studiosi –; ci sembra tuttavia che tale criterio di colpa valutata in concreto solo giovi e pressoché mai nuoccia al debitore, anche perché sul piano probatorio il compito di dimostrare a suo carico una cura più scrupolosa della media negli affari personali appare tutt'altro che agevole.

[concezione giustiniana] Si diceva poco sopra che alcuni dei livelli di responsabilità per colpa e relativi gradi della stessa sono già presenti nei testi classici e non sono un parto integrale dei giustiniane, come a lungo si è pensato. Vero è invece che questi ultimi hanno convogliato teoricamente sul piano soggettivo qualunque grado di responsabilità, compreso quello classico della *custodia* tecnica, mettendolo in rapporto speculare con la figura della *exactissima diligentia*, ovvero della cura propria dell'uomo diligentissimo. Anche con questa impostazione, però, la responsabilità, ad esempio, del comodatario non viene sostanzialmente attenuata: egli continua a essere liberato solo dal caso fortuito e dalla forza maggiore, per cui, in caso di furto non violento della cosa comodata, poco gli varrebbe dimostrare di essere stato quanto mai diligente e di aver dovuto soccombere solo di fronte alla particolare destrezza del ladro (si vedano in tal senso D. 13.6.18 pr. e D. 44.7.1.4, entrambi di Gaio, ma interpolati dai compilatori giustiniane).

[deroghe pattizie al regime della responsabilità] I gradi della responsabilità qui esposti per grandi linee possono essere pattizamente mutati dai contraenti, sia nel senso dell'aggravamento – si pensi al depositario che accetti di rispondere anche per colpa –, sia nel senso dell'attenuazione – qualora, ad esempio, il comodatario si accolli soltanto il dolo. In quest'ultima direzione, però, il confine del dolo è invalicabile: il *pactum ne dolus praestetur* (patto di non star responsabile per dolo) non è ammesso, in quanto giudicato contrario alla buona fede e ai buoni costumi. Ma vi è anche, come già accennato (§ 1), una motivazione più profonda: il debitore, in ultima analisi, cesserebbe di essere vincolato, e l'obbligazione non potrebbe più dirsi tale.

[mora del debitore] Altro caso di inadempimento è costituito dalla *mora* – *mora* significa ritardo, indugio –: chi ritarda la prestazione è infatti inadempiente, non rispettando i tempi stabiliti. La figura giuridica della *mora* tuttavia non è fondata solo sul dato del ritardo, ma anche su due ulteriori presupposti. Il primo è che la prestazione sia tuttora possibile – in caso contrario si valuterà il quadro dell'impossibilità sopravvenuta sulla base dei criteri sopra indicati –; il secondo è che il creditore continui ad avere interesse alla prestazione, sia pure tardiva: tale ipotesi non sussiste, ad esempio, se il debitore si era impegnato a fornire un servizio in occasione di una cerimonia, dopo la data prevista per la stessa.

[costituzione in mora] Ciò premesso, vediamo ora quando propriamente il debitore possa dirsi in *mora*. Accantonato il caso delle obbligazioni di *non facere*, ove ciò non

può verificarsi perché porre in essere l'atto vietato realizza immediatamente l'adempimento, si può dire che nelle obbligazioni aventi ad oggetto un *dare* o un *facere* occorre in genere l'*interpellatio*, cioè la richiesta di adempimento avanzata dal creditore: di *interpellatio* non c'è bisogno se è previsto un termine per eseguire la prestazione, poiché lo spirare dello stesso costituisce senz'altro il debitore in *mora*; lo stesso dicasi se si tratti di obbligazione da delitto; e, pure, se il debitore non sia reperibile.

[effetti] La *mora* del debitore (*mora debendi*) dà luogo alla *perpetuatio obligationis*: il fatto che l'obbligazione, come si suole dire, “si perpetui” fa sì che anche il perimento fortuito della cosa da prestarsi gravi sul debitore. Una corrente giurisprudenziale veniva tuttavia in soccorso a quest'ultimo se appariva plausibile che la cosa sarebbe perita anche presso il creditore tempestivamente soddisfatto.

Trattandosi di negozi di buona fede, di obblighi di corrispondere fedecommissi e, su parere di Salvio Giuliano, anche legati *sinendi modo* (cap. VII §§ 10 e 11), sorgerà inoltre il dovere di corrispondere interessi e frutti maturati nel ritardo.

[mora del creditore] Anche il creditore può versare in *mora*, allorché non accetti l'offerta della prestazione proveniente dal debitore, a meno che questi pretenda di eseguirla prima dell'eventuale termine a favore del creditore stesso.

[effetti] La *mora* del creditore (*mora accipiendi*) non estingue l'obbligazione, però il debitore risponde del perimento della cosa solo se dovuto a proprio dolo; ha inoltre diritto al rimborso delle spese per conservare il bene; è esonerato dalla corrispondenza di interessi e frutti una volta depositato il denaro, sigillato, in forma pubblica.

5. Le fonti delle obbligazioni

[nozione] Per fonti delle obbligazioni si intendono i fatti giuridici che danno vita al vincolo; al verificarsi dei quali, in altri termini, il diritto riconnette come effetto la nascita dell'*obligatio*.

I testi in nostro possesso permettono di seguire una compiuta teorizzazione di tali fonti, elaborata soprattutto a fini didattici, lungo un arco storico che va dal II al IV secolo d.C., sulla base – potremmo dire – di tre stadi fondamentali, rappresentati da altrettante opere giuridiche in successione cronologica.

[le fonti nelle Istituzioni di Gaio (bipartizione)] Il primo stadio, e per certi aspetti il più problematico, è fornito dalle note Istituzioni di Gaio, elaborate durante il regno di Antonino Pio (138-161 d.C.). Il manuale classico inizia la trattazione delle obbligazioni fissandone, come partizione di fondo, quella che, in rapporto al loro sorgere, le distingue in *obligationes ex contractu* (obbligazioni da contratto) e *obligationes ex delictu* (obbligazioni da delitto). Spiega dunque l'istituzionista che “ogni obbligazione” (*omnis obligatio*) prende vita o da contratto o da delitto: è importante sottolineare che, secondo tale impostazione, non si dà altra possibile fonte; pertanto contratto e delitto sono qui visti come gli unici fatti generatori dell'*oportere*.

La bipartizione in parola, presentata come esauriente, lascia d'acchito alcune perplessità, e ciò soprattutto perché nelle stesse Istituzioni di Gaio si parla, in altri

luoghi, di atti generatori di obbligazioni che non sono certamente riconducibili ai delitti, ma che – almeno a prima vista, lo ripetiamo – si stenterebbe alquanto anche a ricondurre alla categoria dei contratti.

Gli esempi in tal senso potrebbero essere diversi, ma uno dei più evidenti è costituito dal legato *per damnationem* (per imposizione), su cui lo stesso Gaio si sofferma in modo abbastanza diffuso. Meglio si delinea tale figura a proposito delle disposizioni a causa di morte (cap. VII § 10); basti per ora qui dire che essa, secondo quanto si evince dall'esposizione gaiana, è certamente generatrice di *obligatio*: (Gai. 2.204) “E perciò il legatario deve agire con azione personale, cioè pretendere che l'erede gli debba dare (*intendere heredem sibi dare oportere*)”. Lo stesso giurista insegna, in seguito (Gai. 3.175), che tale *obligatio* derivante da legato si può estinguere, sul piano della rimessione del debito, con la *solutio per aes et libram*, di cui ci occuperemo più avanti (§ 25), confermando così, ove ancora necessario, che siamo di fronte a un fatto che dà vita a un vincolo obbligatorio.

Ebbene, ecco il punto, nella bipartizione delle fonti delle obbligazioni, dove si collocerebbe il legato *per damnationem*? Di sicuro non tra i delitti, trattandosi di atto pienamente lecito; ma anche la sua assimilazione al contratto sembra abbastanza problematica. D'altronde, quando all'inizio del quarto commentario dedicato alle azioni, Gaio fissa la prima divisione delle stesse isolando da un lato le azioni reali, dall'altra le azioni personali, a proposito di queste ultime definisce personale “l'azione con cui agiamo contro qualcuno che nei nostri confronti è obbligato o da contratto o da delitto, ovvero allorché pretendiamo che si debba dare fare prestare (*dare facere praestare oportere*)”. Gaio, nelle sue Istituzioni, conferma quindi che sul piano delle fonti di cui stiamo parlando non esiste una terza via: o contratto o delitto; e posto che, tornando al legato *per damnationem* del nostro esempio, esso dà luogo ad azione personale (si riveda Gai. 2.204, citato poco sopra), si deve logicamente concludere che anche detta fonte va inserita, di necessità, nella medesima dicotomia: poiché il delitto è da escludersi, non resta che il contratto.

[concezione del “contratto” nel manuale gaiano] A questo punto è abbastanza evidente che, nella concezione delineata dalle *Gai Institutiones*, per *contractus* fonte di obbligazione si intende – o quanto meno si intende anche – qualche cosa di diverso rispetto alla nozione di contratto che oggi, anche se in modo più o meno preciso, è di comune scienza e che, cercando di anticipare al minimo quanto si esporrà in seguito, può rendersi come negozio bilaterale (o plurilaterale) generatore di obbligazioni. Senonché, bisogna subito aggiungere che tale ultima nozione di contratto non è solo nostra, ma, come vedremo (§ 6), è essa pure espressa dall'esperienza giuridica romana, in cui trova, anzi, la propria radice storica.

Allora possiamo fin da ora fissare due punti: innanzitutto il termine *contractus* nei testi romani non assume sempre il medesimo significato, ma riveste ora una accezione più ampia, ora una accezione più ristretta (ci limitiamo qui, per ragioni di semplicità espositiva, a due ordini di gradazioni); in secondo luogo, le Istituzioni di Gaio, sulla tematica delle fonti delle obbligazioni, adottano, per intenderci, quella che abbiamo ora chiamato l'accezione più ampia del termine *contractus*.

Tuttavia, ecco l'ulteriore quesito, come è possibile intendere il vocabolo *contrac-*

tus in modo da ricomprendervi anche – per riprendere il nostro esempio – una disposizione a causa di morte come il legato *per damnationem*, la cui natura è certamente unilaterale e in cui è assente l'elemento dell'accordo?

[[quadrupartizione delle obbligazioni da contratto]] A tal fine può essere utile riprendere la lettura delle Istituzioni di Gaio nel luogo in cui, a differenza di quanto avviene per il delitto che si presenta come fonte unitaria, segmentano le obbligazioni da contratto in una quadrupartizione: (Gai. 3.89) *Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu* (“E prima vediamo quelle che nascono da contratto. Di queste invero ci sono quattro generi: infatti l'obbligazione si contrae o mediante cosa, o parole, o scritti, o consenso”).

Dunque, come si è anticipato, la divisione in quattro poli non riguarda i contratti in sé considerati, bensì le obbligazioni che nascono da contratto. E così, di queste, avremo, proseguendo l'esposizione gaiana, obbligazioni contratte mediante cosa (*re*) – il mutuo –, mediante parole (*verbis*) – la stipulazione –, mediante scritti (*litteris*) – i *nomina transscripticia* –, mediante (mero) consenso (*consensu*) – la compravendita, la locazione-conduzione, la società, il mandato. Ecco quindi che le Istituzioni classiche non forniscono la nozione di *contractus* né, almeno in forma diretta, distinguono tra i *contractus*: distinguono invece le obbligazioni, non da delitto, in base al modo in cui si contraggono, ossia si dà loro vita, e analizzando questo processo genetico, focalizzano, dandogli rilievo sistematico, il momento preciso in cui l'obbligazione sorge: consegna della cosa, pronuncia delle parole solenni, redazione dello scritto, semplice manifestazione delle volontà che – in qualunque modo espresse – si incontrano nel consenso. Si evince pertanto che in questa accezione, che è poi quella che abbiamo chiamato accezione ampia, *contractus* è l'atto lecito che genera l'*obligatio*: vi rientrano allora tutte le forme non delittuose riconosciute come idonee a dare vita all'*oportere*. E, ora si può aggiungere, di tale concezione estesa del *contractus* è presente ancora qualche traccia nei *Digesta* giustiniane: Papiniano pone il legato *per damnationem* tra i *contractus*, accostandolo alla compravendita, alla locazione-conduzione, al deposito e al comodato (D. 45.2.9 pr.); Ulpiano dice che l'erede *non sponte cum legatariis contrahit* (D. 50.17.19), adombrando l'idea, perfettamente plausibile partendo dall'accezione ampia, di un *contractus* non spontaneo, nel senso, dunque, di un modo lecito, ancorché non volontario almeno quanto al debitore, di produrre (di “contrarre”) l'obbligazione.

[collocazione del pagamento indebito] Occorre adesso considerare un luogo preciso delle Istituzioni di Gaio, in cui lo stesso didatta, dopo aver fissato la partizione bipolare esaustiva delle fonti delle obbligazioni, sembra avvertirne una sostanziale insufficienza. Nell'ambito delle obbligazioni che si contraggono *re*, ossia mediante la consegna di una cosa, dopo la figura del mutuo viene menzionata quella del pagamento dell'indebito: (Gai. 3.91) “Pure colui che da chi ha pagato per errore ha ricevuto l'indebito si obbliga mediante cosa (*re obligatur*)”. Sennonché, aggiunge poco dopo l'istituzionista classico, “questa specie di obbligazione non sembra fondarsi su un contratto, perché chi dà con l'intenzione di pagare, più che contrarre un negozio intende scioglierlo (*magis distrahere vult negotium quam contrahere*)”.

A questo proposito si trova spesso scritto che, nel paragrafo citato, affiorerebbe la concezione, più ristretta, di *contractus* come accordo, ma non ci sentiremmo di condividere del tutto tale impostazione. Gaio infatti focalizza non tanto l'aspetto dell'incontro delle volontà – che nel pagamento dell'indebito mancherebbe –, quanto piuttosto l'intento di far nascere l'*obligatio*, che nel falso debitore non solo non sussiste ma è addirittura orientato in senso opposto. Dunque è vero che l'alternativa secca contratto-delitto nello stesso manuale che l'ha teorizzata conosce un momento di crisi, ma non per l'affiorare, per intenderci, del contratto-accordo, bensì perché, a differenza di quanto avviene per il delitto, non si ritiene assimilabile al *contractus* il dar vita, pur in modo lecito, a un'obbligazione allorché l'effetto voluto era diverso (nell'*indebiti solutio* potrebbe anzi parlarsi, come abbiamo visto, di effetto antitetico).

[le fonti nelle *Res cottidianae* (tripartizione)] Il secondo stadio della teorizzazione di cui ci stiamo occupando è costituito dalle *Res cottidianae* (Nozioni di ogni giorno) o *Aurea* (Detti aurei), opera attribuita a Gaio, ma forse messa insieme da discepoli sulla base degli insegnamenti del maestro. La bipartizione presente nelle *Institutiones* lascia qui il posto a una tripartizione: (D. 44.7.1 pr.) “Le obbligazioni nascono o da contratto, o da misfatto, o, in base a titoli specifici, da vari tipi di fonti” (*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*). Entrano in gioco le *variae causarum figurae*, tipologie di matrici delle obbligazioni inidonee a essere sussunte sia nella categoria del contratto, sia in quella del delitto (qui detto *maleficio*). Per le *Res cottidianae sive Aurea* si può affermare che si è precisata la nozione di *contractus* con particolare sottolineatura dell'elemento dell'accordo, e ciò ha determinato in buona sostanza l'abbandono di quel concetto lato che abbiamo visto essere dominante nelle Istituzioni. Così, tra le *variae causarum figurae* rifluisce ora il pagamento non dovuto che aveva destato le perplessità dell'autore delle *Institutiones*; a cui si aggiungono la gestione di affari altrui, quella tutelare, il legato obbligatorio di cui sopra, nonché alcuni illeciti non necessariamente dolosi sanzionati con azioni pretorie.

Si è scritto che quella delle *variae causarum figurae*, presente nell'operetta recenziore di Gaio, è “una terza fonte, complessiva ed amorfa”, ma ciò, a ben guardare, è vero fino a un certo punto, poiché, sia pure in forma embrionale, già vi si riscontra un ulteriore schema divisorio che, al suo interno, isola tipologie di fonti più assimilabili ai contratti ed altre concettualmente più apparentate ai delitti: affiora, insomma, l'idea di un *teneri*, a seconda dei casi, *quasi ex contractu* o *quasi ex maleficio* (“essere obbligati quasi da contratto o quasi da misfatto”).

[le fonti nelle Istituzioni giustiniane (quadripartizione)] Il passaggio finale lungo la direttrice già segnalata avviene con le Istituzioni di Giustiniano, che, prendendo le mosse dal modello delle *Res cottidianae*, i cui frammenti sono inseriti nel Digesto redatto in contemporanea con il manuale, scindono in due categorie le obbligazioni riconducibili alle *variae causarum figurae*, e parlano, oltre che di obbligazioni nascenti da contratto o da delitto, di obbligazioni nascenti quasi da contratto e quasi da delitto. Sarà poi Teofilo, nella Parafrasi alle Istituzioni imperiali, a sostantivare le due ultime espressioni in “quasi contratti” e “quasi delitti”, mettendole quindi del

tutto in linea con i rispettivi archetipi.

[moderne codificazioni] Sempre in forma sostantivata i quattro poli – con l'aggiunta della legge (peraltro già presente in un isolato “catalogo” tardoclassico [D. 44.7.52, di Modestino]) – compaiono nelle codificazioni moderne fedeli al modello giustiniano (Codice Napoleone e codice civile italiano del 1865). Il nostro codice vigente (art. 1173) segna invece un chiaro ritorno alla sistematica delle *Res cottidianae*: contratto, fatto illecito, e “ogni altro atto o fatto” previsto dall'ordinamento come fonte del vincolo.

6. Il contratto

Come si è anticipato (§ 5), la nozione assai ampia di contratto presente nelle Istituzioni di Gaio non è la sola restituita dai testi giuridici dell'età classica, e ciò a testimonianza di un fecondo interagire nel tempo di diversi filoni del pensiero giurisprudenziale.

[dottrina di Labeone] Un originale approccio sistematico, che investe non solo la materia contrattuale ma anche la più generale orbita dell'agire umano rilevante per il diritto, è dovuta a Antistio Labeone (I secolo d.C.). Il caposcuola proculiano ha contribuito in modo rilevante a plasmare quella nozione di contratto come negozio bilaterale (o plurilaterale) produttivo di obbligazioni in conformità del volere espresso dalle parti che costituisce un caposaldo della nostra esperienza giuridica contemporanea.

D. 50.16.19 (di Ulpiano): “Labeone, nel primo libro sul pretore urbano, specifica che talora “si agisce”, talaltra “si gerisce”, talaltra ancora “si contrae”: e atto (*actum*) è termine di ambito generale, sia la stipulazione o nel pagamento di denaro; “contratto” (*contractum*) invece è dar vita a obbligazione da una parte e dall'altra, quel che i greci chiamano “sinallagma”, come la compravendita, la locazione-conduzione, la società; “gesto” (*gestum*) significa effetto prodotto senza pronuncia di parole”.

Emerge una nozione di contratto non solo decisamente più ristretta di quella ricavabile dal manuale gaiano, ma anche, al contempo, pervasa di una forte valenza consensualistica: i modelli del *contractus* allineati da Labeone sono gli atti giuridici produttivi di obbligazioni reciproche ciascuna delle quali trova giustificazione e controbilanciamento nell'altra (o nelle altre) e dove il mero consenso – depurato da ogni collegamento formale (parole, scritti) o attuativo (consegna di una cosa) – è idoneo e sufficiente a dare vita al vincolo obbligatorio. Si osservi in tal senso che, tra i contratti consensuali tipici, l'esemplificazione dello scolarca proculiano cade su quei tre soli che si definiscono in dottrina bilaterali (ossia produttivi di obbligazioni per entrambe [o per tutte] le parti, collegate da un nesso di reciprocità) – compravendita, locazione-conduzione, società – e omette invece il mandato, contratto bilaterale imperfetto, nel senso che di regola produce obbligazioni a esclusivo carico del mandatario e solo eventualmente, come vedremo, a carico pure del mandante (unilaterali sono i contratti che, come mutuo e *stipulatio*, producono sempre ob-

bligazioni in capo a una sola delle parti [la classificazione non va confusa con quella analoga, ma sul punto bipolare, relativa ai negozi giuridici]).

[contratto come accordo (*conventio*)] La generalizzazione dell'elemento della *conventio*, cioè dell'accordo delle parti, come base del contratto è invece riscontrabile, almeno in forma compiuta, nel pensiero di Sesto Pedio (I secolo d.C.), un giurista posteriore a Labeone ma anteriore a Gaio. Egli sembra tendere un trasversale filo di congiunzione tra alcune figure che nelle categorie del maestro proculiano appaiono separate (la *stipulatio* è là fra gli “atti”, non fra i “contratti”) e probabilmente giunge a influenzare la dottrina dell'istituzionista come si riscontra nell'evoluzione della teoria delle fonti delle *obligationes* presente nelle due opere didattiche di quest'ultimo, manuale e *Res cottidianae*. Non può dirsi contratto produttivo di obbligazioni – specifica Pedio, condiviso da Ulpiano che lo cita (D. 2.14.1.3) – il rapporto, comunque posto in essere, che non poggia sull'accordo (tra due o più parti): “infatti – arriva a concludere – anche la stipulazione, che si fa mediante parole, se non ha il consenso è nulla”.

[tipicità contrattuale...] Giunti a questo punto è il caso di introdurre, sia pure in forma concisa, un tema strettamente collegato alla problematica del contratto nell'esperienza giuridica romana, su cui, di nuovo, il dibattito ferve ed è ben lungi dal potersi dire sopito: quello della cosiddetta tipicità contrattuale.

Va ribadito che per ora ci limiteremo a delineare l'argomento nei suoi termini generali, con l'avvertenza che lo stesso si presenterà anche in seguito, in rapporto a trattazioni specifiche che dovremo affrontare e che lo implicano da vicino. Ma occorre anche spiegare perché proprio ora ci sembra opportuno introdurre il tema in parola.

Abbiamo avuto modo di rilevare che un filone giurisprudenziale ha fissato uno stretto collegamento tra il dato dell'accordo delle parti e quel negozio generatore di obbligazioni che chiamiamo contratto. Orbene si potrebbe a questo punto, e a prima vista, pensare che, giunti a un siffatto stadio di evoluzione giuridico-concettuale, ai consociati fosse dato, sulla base di un accordo liberamente intercorso tra due (o più) soggetti – in forza dunque di genuine manifestazioni di volontà che si incontrano e si fondono in una *conventio* – nonché sul presupposto di una causa non disapprovata dall'ordinamento giuridico, di dare vita a un rapporto obbligatorio tutelato da una azione, cioè, in ultima analisi, di stringere un contratto valido e operante.

[... e attuale esperienza italiana] Ciò invero è possibile per la nostra attuale esperienza giuridica, posto che, come si esprime l'art. 1322 secondo comma del codice civile, “le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico” (i contratti “aventi una disciplina particolare” a cui si riferisce il codice sono quelli, con una propria denominazione e – per intenderci – un proprio statuto, che lo stesso enuclea e regola in vari luoghi, ma specialmente nel titolo [III del libro IV] “Dei singoli contratti”, agli artt. 1470 ss.).

[conseguenze della tipicità romana...] Per quanto concerne l'esperienza giuridica romana la situazione sta in termini diversi. Si suole insegnare che vige qui, appunto, il

canone della tipicità – intesa in senso forte: tipicità debole può dirsi quella espressa dal nostro ordinamento (una serie di tipologie contrattuali proposte e regolate, ma libertà di dare vita ad ulteriori) –, per cui, per intenderci, le parti non possono ottenere tutela giurisdizionale in forza di un'*actio in ius concepta* se il rapporto che esse intendono stringere non è già assunto nell'ambito del *ius civile* o del *ius gentium*. In altre parole, i vincoli contrattuali tutelati, e quindi in definitiva gli unici praticabili, sono quelli già enucleati sulla base di una loro denominazione tecnica, di una loro causa peculiare – o, trattandosi di negozi astratti come la *stipulatio*, di una loro specifica forma, che funge in tal caso da garanzia sostitutiva rispetto alla latenza della causa –: in ultima analisi, i contratti singolarmente tipizzati dall'elaborazione giuridica. I consociati non possono quindi andare oltre il “catalogo” offerto loro dall'ordinamento. Pertanto, altro è riconoscere che alla radice di ogni contratto c'è una *conventio*, altro sarebbe inferire, su un piano di specularità, che ogni *conventio* con causa lecita sia generatrice di *obligatio* e, per ciò stesso, che integri un contratto.

Come abbiamo premesso, si tratta di un argomento complesso e dalle molteplici sfaccettature: ci accontenteremo di allineare qui brevi considerazioni, che in parte saranno riprese nel prosieguo della trattazione.

[... e valutazione della stessa] Innanzitutto, nel confronto tra i quadri delle potenzialità offerti all'autonomia privata dalle due esperienze giuridiche, quella antica e quella dei nostri giorni, bisogna tenere conto che oggi ci troviamo di fronte a un ordinamento giuridico codificato e a evoluzione, per taluni aspetti, virtualmente compiuta; mentre, sull'altro versante, si affaccia l'immagine di un assetto giuridico in via di formazione, investito da rapidi e profondi mutamenti economico-sociali che incidono con forte impatto su un esistente giuridico “giovane”, sollecitando risposte pronte e adeguate. In questo senso, la tipicità di cui si è parlato non deve essere vista come un limite, quanto piuttosto come la presa d'atto di uno sviluppo (e qui sembra da condividere la sottile provocazione del Talamanca, secondo cui quello della tipicità in oggetto può dirsi più un problema nostro – cioè degli storici del diritto romano – che non di coloro che vivevano nella temperie in cui la stessa si vuole imperante). D'altronde, l'editto del pretore e la giurisprudenza provvedevano ad adeguare progressivamente la tutela giuridica alle nuove situazioni emergenti nel contesto economico-sociale. C'era lo strumento delle *actiones in factum*; e si è verificata in più di un caso l'assunzione entro l'ambito della difesa civilistica di rapporti che prima erano tutelati a livello di diritto onorario: si pensi ai casi del comodato e del deposito, già presidiati, appunto, da *actiones in factum*, poi cooptati nel novero dei contratti tipici affiancati da azioni *in ius conceptae* di buona fede. È difficile, in un quadro del genere, pensare a una generale norma giuridica legittimante, come il nostro art. 1322; si capisce invece, da diversa prospettiva, come si ordisca, diremmo quasi trama su trama, un tessuto giuridico che, partendo dalla casistica delle aspettative, dispensa gradualmente, meditate e congrue ammissioni.

[potenzialità connesse alla stipulazione...] Quanto ai contenuti entro i tipi ammessi, c'era da tempo immemorabile, uno strumento come la stipulazione, che, sul presupposto di un dato sì di forma, quale la pronuncia dell'interrogazione e della contestuale risposta, ma a ben guardare di struttura semplice e di rapido impiego, per-

metteva di versare al proprio interno qualunque genere di prestazione – purché possibile, lecita, determinata, o almeno determinabile – e a cui era dato apporre elementi accidentali come la condizione e il termine. [... e ai patti] Agli stessi negozi di buona fede potevano essere aggiunti patti che entravano a far parte dell'assetto negoziale relativo. (Sempre a proposito dei *pacta* – per cui rinviamo a una specifica trattazione successiva [§ 15] – si è di recente sostenuto in dottrina la possibilità di un loro contenuto di carattere positivo, e quindi di una loro difesa mediante azione: qualora si accedesse a tale stimolante prospettiva, la storia della tipicità contrattuale romana sarebbe pressoché da riscrivere).

Comunque sia, una decisiva scossa alla tipicità è inferta dalla riforma postclassica della *stipulatio*, allorché il negozio verbale delle età precedenti viene ridotto a un mero accordo informale tra le parti (§ 8); ma già molto tempo prima, sotto l'impulso delle visioni più ardite di alcuni giureconsulti classici, si era aperta la strada a quelli che con terminologia coniata in epoca bizantina, saranno chiamati i contratti innominati (§ 14).

[**contratti a effetti reali**] Prima di passare all'esame dei singoli contratti tipici secondo lo schema delle Istituzioni di Giustiniano – derivato da quelli delle Istituzioni di Gaio e delle *Res cottidianae* (contratti reali, contratti verbali, contratti letterali, contratti consensuali) –, dobbiamo accennare a un ultimo punto, di notevole rilievo, sempre attinente alla presentazione, per così dire, di uno statuto generale del contratto da porre *in limine* alla trattazione specifica delle sue molteplici figure. Si allude al principio secondo il quale il contratto romano non è idoneo alla costituzione o al trasferimento di diritti reali, essendo invece solo generatore di obbligazioni tra le parti. In altri termini, in forza di un rapporto contrattuale non è dato produrre effetti che non siano meramente obbligatori. Agli altri scopi sono invece deputati negozi come la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *traditio*, che non sono mai stati annoverati tra i *contractus* (in senso proprio), come non lo sono stati quei negozi *mortis causa* come l'istituzione di erede e il legato reale (cap. VII §§ 6 e 10), ai quali pure è riconnessa efficacia traslativa.

Si tratta, come dicevamo, di un basilare canone dogmatico, che le (non molte) deroghe sul piano pretorio da un lato (vedi in particolare cap. V §§ 12 e 13) e il più tangibile oblio postclassico dall'altro, non valgono a infirmare. Onde evitare errori di prospettiva va peraltro precisato che, nel panorama giuridico contemporaneo, quello italiano è tra i non molti ordinamenti che riconnettono al contratto effetti reali: la comune regola appare tuttora quella della portata esclusivamente obbligatoria dell'atto contrattuale, così come espressa dall'analogo modello romano.

7. I contratti reali

[**nozione generale**] Sono detti reali, con termine tratto (e in parte rielaborato) dai testi giuridici romani, i contratti in cui il sorgere delle obbligazioni è direttamente collegato alla consegna di una cosa. Tale consegna, la quale ovviamente implica un accordo sottostante, non è vista tuttavia – almeno nella prospettiva gaiana – come

un momento posteriore sul piano cronologico rispetto alla *conventio* in una successione di tempi scandita in modo netto, ma come il modo stesso in cui il consenso delle parti prende corpo e riceve efficacia giuridica.

Da ciò si ricava che quando l'aggettivo "reale" è accostato al termine "contratto" assume una valenza diversa a quella che lo connota se posto come attributo del sostantivo "diritto", e sta a indicare, appunto, la necessità della consegna della *res* ai fini del perfezionamento del rapporto obbligatorio. A sua volta, tale consegna può, a seconda delle varie figure contrattuali, trasferire la proprietà, il possesso, o la semplice detenzione sulla cosa che ne è oggetto.

Come si è visto, le Istituzioni di Gaio annoverano tra i contratti conclusi *re* il mutuo, mentre sulla qualificazione contrattuale del pagamento indebito appaiono già espresse precise riserve. Le Istituzioni di Giustiniano, sulla falsariga delle *Res cottidianae*, espunta l'*indebiti solutio* dall'area contrattuale, aggiungono al mutuo il comodato, il deposito e il pegno: ne tratteremo nell'ordine, occupandoci, alla fine, anche della *fiducia*, secondo una ormai consolidata sistematica didattica da cui non è parso opportuno discostarci.

[a] mutuo] Le fonti giuridiche dicono che il mutuo si chiama così perché "ciò che in tal modo da me ti è dato, diventa da mio tuo" (*ex meo tuum*: Gai. 3.90, da cui deriva I. 3.14 pr.). È, anche a prima vista, un'etimologia "a orecchio", del tutto destituita di fondamento filologico. Nondimeno attraverso la medesima i giuristi forniscono pur sempre un insegnamento: il mutuo è infatti l'unico dei contratti reali considerati nelle sistematiche istituzionali che ci è dato conoscere (a parte quindi la *fiducia*) in cui la consegna implica il passaggio di proprietà della *res* che, come si è spiegato, sta alla base del vincolo.

[nozione] Più precisamente si dice mutuo il contratto col quale una parte (mutuante) trasferisce all'altra (mutuatario) la proprietà di un determinato quantitativo di cose fungibili, con l'obbligo per chi le riceve di restituirne (sempre in proprietà) altrettante del medesimo genere e qualità.

[oggetto] Oggetto di mutuo possono essere soltanto, come si è detto, cose fungibili, destinate come tali al consumo: ad esempio, vino, olio, frumento, denaro contante (quest'ultimo, a partire da un'economia monetaria evoluta, isola il caso più frequente e di maggiore incidenza sulla circolazione dei capitali).

Chi dà a mutuo, per compiere una valida *traditio* della *res*, deve esserne proprietario o venire da questo delegato, mancando altrimenti di legittimazione: se la *traditio* è invalida e la proprietà quindi non passa, correlativamente alla natura causale del negozio, l'obbligazione non sorge.

Il mutuo è un contratto unilaterale, perché soltanto il mutuatario è obbligato, mentre, dal canto suo, il mutuante si trova sempre e solo nella posizione di creditore.

[gratuità] È altresì un contratto gratuito, nel senso che il vantaggio che riceve il mutuatario col prestito delle cose adibite al consumo non è bilanciato da un suo corrispondente sacrificio economico. In altri termini egli, in base alla struttura del negozio, non può essere tenuto a restituire più di quanto gli fu dato: si può invece convenire che debba rendere di meno, in tal caso la *traditio* dell'ammontare da cor-

rispondere avviene a causa di mutuo, quella del restante a titolo di donazione (cap. VII § 12).

[interessi] Da quanto precisato poco sopra circa la gratuità, si può evincere che il mutuo romano non è di per sé produttivo di interessi (*usurae*). Ciò non significa tuttavia che la pratica feneratizia (del mutuo a interesse) non fosse assai sparsa pressoché a ogni livello sociale e non ignota, in più di un caso, neppure agli imperatori: tra l'altro la necessità di calmierare l'entità delle *usurae* registra una lunga teoria di interventi legislativi, che vanno – si può dire – dalle XII tavole a Giustiniano. Il problema piuttosto è un altro, ed è di natura tecnica: gli interessi non possono essere inglobati nella *conventio* di mutuo. Possono, invece, essere promessi dal mutuatario al mutuante con una stipulazione, ma allora sono dovuti in forza di questo diverso contratto, ed esigibili mediante la correlativa specifica azione. Essendo poi il mutuo un negozio di stretto diritto, un eventuale patto di *usurae* aggiunto al contratto stesso non potrebbe ricevere alcuna proficua tutela giurisdizionale: dal *pactum* nasce l'eccezione, ma essa può solo rendersi strumentale a paralizzare una pretesa altrui, non a reggerne una autonoma. Sempre col ricorso a una *stipulatio*, ci si può assicurare la restituzione della somma concessa, ovvero della medesima con l'aggiunta delle *usurae*: in ambedue i casi l'obbligazione nasce dal contratto verbale, di cui il mutuo si pone come causa, rilevante sul piano pretorio.

[difesa] L'azione a difesa del mutuo è, nel processo formulare, la *condictio: certae pecuniae* (in tal caso detta anche *actio certae creditae pecuniae*), ovvero *certae rei*, a seconda che oggetto sia una somma di denaro o un ammontare, sempre determinato, di cose fungibili. Nella fase processuale anteriore, si poté ricorrere in un primo tempo alla *legis actio sacramento in personam*; dopo l'emanazione delle leggi Silia e Calpurnia, alla *legis actio per conductionem*, più agile e che consentiva di litigare senza pericolo (cap. III § 3).

[prestito marittimo] Figura strutturalmente diversa dal mutuo, è, in base al già detto, il *fenus nauticum* (prestito marittimo). Con questo contratto, tendenzialmente di natura aleatoria, già testimoniato per l'Oriente mediterraneo da documenti del IV secolo a.C. e di lì a poco entrato nel mondo romano, un finanziere dà in prestito una somma di denaro a un esercente il commercio marittimo, affinché questi lo impieghi in affari oltremare. Il rischio inerente alla navigazione grava tutto sul mutuante, per cui in caso di naufragio per avaria o assalto di pirati, egli non può pretendere nulla; in compenso, se la traversata si svolge regolarmente, oltre – è ovvio – al capitale corrisposto, può esigere interessi assai più elevati del tasso legale. Il buon esito del viaggio si pone dunque come *condicio iuris* ai fini dell'esperibilità della pretesa attrice.

[b) comodato] Se il mutuo è prestito di consumo, ove il trasferimento della proprietà è funzionale a un impiego della cosa compatibile solo con quel pieno diritto sulla stessa, il comodato è invece prestito d'uso.

[nozione] In base a tale contratto, una parte (comodante) consegna all'altra (comodatario) una cosa inconsumabile, mobile o immobile, perché chi la riceve se ne serva secondo le modalità convenute e la restituisca alla scadenza del termine previsto, o altrimenti a richiesta.

Poiché non è la proprietà che si trasmette, bensì la semplice detenzione, può dare in comodato anche il possessore non proprietario, conservando peraltro la *possessio*.

[oggetto] La cosa, si è detto, deve essere inconsumabile, in quanto solo a questa condizione può uscire integra dall'uso normale a cui è deputata. Le fonti parlano, in qualche caso, anche di comodato di cose consumabili, ma ciò in quanto esse vengono adibite a una funzione diversa da quella loro peculiare: ad esempio, prestito di monete a scopo di studio del conio, o per esibirne una fittizia disponibilità (*ad pompam vel ostentationem* [“per vanto o sfoggio”]: D. 13.6.3.6).

A differenza del mutuo, che è unilaterale, il comodato è un contratto bilaterale imperfetto dal momento che esso produce sempre l'obbligazione di restituire a carico del comodatario, ma può pure eventualmente dar luogo a obblighi in capo al comodante: ad esempio, di rimborso delle spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa – quelle ordinarie, come il cibo per lo schiavo o per l'animale, sono addossate al comodatario – e di risarcimento dei danni arrecati dalla medesima.

[difesa] Le azioni a difesa del contratto sono l'*actio commodati directa*, esperibile dal comodante per riottenere la cosa, e l'*actio commodati contraria*, esperibile dal comodatario per gli scopi indicati poco sopra.

Si è già detto in altra sede che all'originaria tutela accordata al comodante tramite azione pretoria *in factum*, si aggiunse più tardi, affiancandola, un'*actio in ius concepta* di buona fede. La più recente tutela specifica del comodatario, rispose unicamente su un'*actio in factum*. Su altro piano egli può valersi del *ius retentionis*.

[responsabilità del comodatario] Ci siamo pure soffermati sulla rigorosa responsabilità che fa capo al comodatario, e che i classici inscrivono nel concetto teorico di *custodia* (§ 4). Ne esulano, propriamente, solo il caso fortuito e la forza maggiore: quindi per furto (non violento) il comodatario è sempre tenuto, tanto è vero che egli, proprio in quanto interessato alla salvezza della cosa, riceve legittimazione a intentare l'*actio furti* contro il ladro (Gai. 3.206). E nemmeno da caso fortuito o forza maggiore il comodatario può dirsi indenne, qualora sia riscontrabile un suo esorbitare dalle modalità di utilizzo della *res*: ad esempio, se un cavallo prestato per raggiungere la residenza di campagna sia portato in guerra ove trovi la morte; o se un servo decoratore espressamente comodato per dipingere da terra sia fatto operare dall'alto di un'impalcatura, dalla quale precipiti (D. 13.6.5.7, di Ulpiano).

In diritto giustiniano, all'angolatura oggettiva della responsabilità si preferisce una sua messa a fuoco sul piano soggettivo, e si parla in proposito, anziché di *custodia*, di *exactissima diligentia custodiendae rei*, ponendo così il beneficiario del prestito di fronte al più alto grado della diligenza umana (parametrato, insomma, sulla cura profusa dalla persona diligentissima). Come già anticipato (§ 4), non riteniamo che il mutamento prospettico in parola abbia comportato, sul piano pratico, un sostanziale alleviamento della responsabilità gravante sul comodatario.

[gratuità] Siccome tale elevato livello di responsabilità si giustifica per il fatto che è solo il comodatario a ricevere vantaggio – il contratto è gratuito: la previsione di un corrispettivo in denaro lo attrarrebbe nell'orbita della locazione-conduzione, quella di un compenso d'altro genere lo renderebbe un sinallagma innominato

(vedi, rispettivamente, §§ 11 e 14) –, si può comprendere come nei casi, per vero anomali, in cui sia il comodante a ricevere il beneficio, la responsabilità della controparte risulti assai mitigata e si fermi alle soglie del dolo: si ha un caso siffatto, allorché un uomo di rango elevato dà in comodato alla fidanzata o alla moglie ornamenti tali da adeguarne il decoro esteriore al livello del proprio (D. 13.6.5.10).

Il limite della responsabilità da sola, e invalicabile, gradazione del dolo può essere anche di natura pattizia: trattandosi di contratto difeso da azione di buona fede, il contenuto del patto plasma il concreto assetto negoziale, e risulta tutelato dall'azione propria di questo.

[c) deposito] Altro contratto reale, bilaterale imperfetto e gratuito è il deposito. In base ad esso una parte (deponente) consegna all'altra (depositario) una cosa mobile perché gliela custodisca, con l'obbligo di rendergliela alla scadenza o, se un termine non è previsto, a richiesta.

Come chi riceve in comodato, anche il depositario ha sulla cosa la semplice detenzione: ne consegue che può dare in deposito anche il possessore non proprietario, che, stante la premessa, conserva la *possessio*.

[gratuità] Diversa è invece, come già si è rilevato, la direzione del vantaggio, che qui è esclusivamente di chi affida la cosa: non solo il depositario non riceve alcun compenso – si finirebbe ancora, altrimenti, nell'area della *locatio conductio* o di un contratto innominato –, ma neppure può usare del bene in alcun modo, pena la responsabilità per furto.

[responsabilità del depositario] Assai più tenue risulta pertanto il grado di responsabilità che fa capo alla parte debitrice: come già si è detto, non si va oltre il livello del dolo, a cui in seguito fu equiparata quella crassa negligenza che identifica la *culpa lata*. Nulla però impedisce che, in via pattizia, tale responsabilità possa venire mutata nella direzione dell'aggravio, con estensione quindi alla *culpa (levis)* e perfino al caso fortuito e alla forza maggiore.

[difesa] A tutela del deponente per la restituzione della cosa fu prima introdotta dal pretore un'*actio in factum*, poi la stessa fu affiancata da un'*actio in ius concepta* di buona fede. Lo stesso può dirsi per quanto concerne il *iudicium contrarium*, con cui il depositario – che peraltro ha pure, fino al contrario avviso di Giustiniano, il *ius retentionis* – è in grado di conseguire il rimborso delle spese e il risarcimento dei danni eventualmente implicati dalla custodia del bene.

[figure particolari:] Figure particolari di deposito sono il deposito necessario (o miserabile), il sequestro e il deposito irregolare.

[deposito necessario] Si ha il primo quando taluno, nel quadro di una calamità (come un incendio, un crollo, un naufragio) affida a un depositario di fortuna i beni che nella circostanza è riuscito a salvare. Si comprende come l'urgenza del momento gli tolga ogni possibilità di scelta circa la persona dell'affidatario, onde la responsabilità di quest'ultimo, sanzionata con un'*actio in factum*, è commisurata al doppio del valore delle cose stesse.

[sequestro] Il sequestro ricorre allorché un bene mobile conteso viene consegnato di comune accordo da parte dei litiganti a una persona di fiducia perché lo custodisca presso di sé e, a controversia risolta, lo renda a chi di spettanza.

Come si è altrove accennato (cap. V § 14), il sequestratario non è mero detentore della cosa, bensì possessore con difesa interdittale. L'azione a presidio del (dichiarato) titolare della *res* è l'*actio in factum* detta *sequestrataria*.

[deposito irregolare.] Deposito irregolare è quello avente ad oggetto una somma di denaro. Deve trattarsi di monete non chiuse in un recipiente – nel qual caso è quest'ultimo, con il suo intangibile contenuto, l'oggetto del deposito –, ma di denaro consegnato con previsione di uso, e quindi di trasferito in proprietà al depositario, che impiegandolo secondo la sua normale destinazione economica lo consuma, restando così obbligato a restituirne altrettanto.

Tale forma di deposito, antecedente storico del nostro deposito bancario, è quindi strutturalmente molto simile al mutuo. Le differenze consistono nell'azione di buona fede che lo difende, e che consente l'aggiunta di un semplice patto per la corresponsione di interessi, e nell'ineliminabile facoltà per chi depositò il denaro di domandarne in qualsiasi momento la restituzione: in virtù di questo l'eventuale apposizione di un termine a favore del banchiere è da considerarsi irrilevante. L'interesse del deponente, quantunque non più esclusivo, conserva dunque il peso maggiore.

[d) pegno] Anche con riferimento al pegno, come già visto per il mutuo, i giuristi non rinunciano a proporre una etimologia quanto meno improbabile: dicono che deriva da “pugno” (*pignus* – *pugnus*), *quia res, quae pignori dantur, manu traduntur* (“poiché le cose che si danno in pegno sono consegnate a mano”) – essi argomentano (D. 50.16.238.2, di Gaio) –, fornendo tuttavia qui pure un insegnamento non privo di rilievo, dal momento che esiste anche una forma di pegno senza consegna del bene (il *pignus conventum*, o ipoteca [cap. V § 13]).

[(contratto e diritto reale)] In questa sede interessa il contratto reale di pegno, ossia l'accordo delle parti accompagnato dalla consegna dell'oggetto, da cui scaturiscono effetti meramente obbligatori: del diritto reale di pegno si è parlato in precedenza e là si è pure rimarcata la distinzione fra la *conventio* che sta alla base del medesimo e il contratto bilaterale imperfetto generatore di obbligazioni.

[nozione] Con riferimento a quest'ultimo, un soggetto (oppignorante) consegna a un altro (pignoratario, o creditore pignoratizio) una cosa a garanzia di un rapporto obbligatorio in cui quest'ultimo figura come soggetto attivo, con obbligo per il ricevente di restituire il bene una volta che il credito così garantito sia estinto.

[responsabilità del pignoratario] Il pignoratario non è mero detentore della *res*, ma possessore con difesa interdittale (cap. V § 14). Egli è tenuto talora per colpa, talora per *custodia* tecnica (le Istituzioni di Giustiniano [3.14.4] parlano però di *exacta*, non di *exactissima diligentia*); non può servirsi della cosa, commettendo altrimenti furto; deve restituirla allorché il credito sia estinto. **[facoltà del pignoratario]** In caso contrario, ha la facoltà di vendere l'oggetto del pegno e trattenere la somma corrispondente all'ammontare del credito: l'eventuale residuo va corrisposto all'altra parte. La possibilità per il pignoratario di diventare proprietario *ipso iure* del bene in caso di inadempimento (*lex commissoria*: da non confondere con l'omonimo patto aggiunto alla compravendita [§ 10]) fu prima osteggiata poi abolita nel diritto tardoimperiale.

[difesa] Contratto, come anticipato, bilaterale imperfetto, il pegno sembra aver ri-

cevuto esclusivamente tutela pretoria *in factum*, mediante l'*actio pigneraticia directa*, esperibile dall'oppignorante contro il pignoratario per la restituzione della cosa a obbligazione principale estinta; e l'*actio pigneraticia contraria*, di direzione opposta, per la rifusione delle spese e il risarcimento dei danni affrontati dal pignoratario.

[ritenzione e pegno gordiano] Non può qualificarsi come *ius retentionis* (di cui peraltro il creditore pignoratizio può valersi) ma piuttosto come estensione automatica della garanzia, la facoltà attribuita da Gordiano (C. 8.26[27].1, del 239 d.C.) al pignoratario di trattenere la cosa anche a debito pagato, se tra lui e l'oppignorante sussistono altri crediti ancora insoddisfatti non muniti di pegno (si parla in dottrina di pegno gordiano).

[e] fiducia... Resta da trattare della *fiducia*, che può considerarsi l'antecedente storico del deposito e del pegno. Circa il comodato il nesso in questione è più dubbio, ma forse da ammettersi.

Lo scopo fiduciario si realizza mediante un patto (*pactum fiduciae*) che imprime una specifica funzione causale a un negozio solenne traslativo – *mancipatio* e, in seguito, anche *in iure cessio* (mai, stante la premessa, *traditio*) – sì da rendere, a seconda dei casi, temporaneo eventuale il persistere della proprietà in capo a colui che acquista la cosa (fiduciario). In forza del patto quest'ultimo è infatti tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante che glielo ha trasmesso a richiesta di questo (nel deposito o nel comodato) o a debito estinto (nel pegno).

[... con l'amico...] Quella a scopo di deposito o comodato si dice *fiducia cum amico* e probabilmente identifica la forma più antica. **[... e con il creditore]** Quella a scopo di pegno si dice *fiducia cum creditore* e rivela una chiara finalità garantistica.

È poi abbastanza evidente che, introdotti i contratti reali specifici che conosciamo (deposito, comodato e pegno), essi per la loro maggiore agilità abbiano avuto un progressivo sopravvento su questo macchinoso sistema legato a due successivi trasferimenti del *dominium* a parti invertite.

[difesa] Del tutto incerta per l'epoca più antica, la tutela della *fiducia* nella procedura *per formulas* si fonda su un'azione personale pretoria di buona fede tesa a ottenere la restituzione del bene. Al fiduciario spetta un'azione contraria per il rimborso delle spese e il risarcimento dei danni eventualmente sofferti.

[usurecezione] Poteva peraltro accadere che dell'*actio fiduciae directa* non ci fosse bisogno per via dell'*usureceptio* di cui il fiduciante in certi casi poteva valersi. Se infatti nella *fiducia cum amico* il bene per qualunque causa ritornava in possesso del fiduciante, questi lo riacquistava per usucapione (sempre annuale): una *usucapio* – come si disse (cap. V § 7) – di mala fede, ma nella fattispecie pressoché priva di documento, perché in tal modo il fiduciante solo anticipa la restituzione dovutagli. Nella *fiducia cum creditore* vale la stessa regola, ma qui – onde evitare il più possibile lucri ingiustificati – l'usurecezione (ancora annuale) è ammessa solo se il debito è già stato pagato o – in caso contrario – se la cosa non è dal fiduciante stesso posseduta a titolo vizioso (ad esempio, non a precario).

La desuetudine degli atti traslativi solenni, accompagnata dall'espandersi dei contratti reali già visti, conduce a una progressiva rarefazione della *fiducia* nella prassi giuridica. La compilazione giustiniana, dal canto suo, si preoccupa di espun-

gerne scrupolosamente anche il nome.

Due rilievi finali.

[fiducia come contratto reale] Abbiamo qui trattato della *fiducia* per ragioni sistematiche, essa tuttavia è un contratto reale *sui generis*. La sua realtà consiste infatti nel trasferimento del diritto di proprietà sul bene, derivante in via diretta dalla *mancipatio* o dalla *in iure cessio*. In genere il fiduciario riceve anche il possesso, ma ciò non avviene né di necessità né sempre: il creditore fiduciario, per esempio, può benissimo lasciare la cosa presso il debitore – attenzione: a precario, per evitare l'*usureceptio* – ritenendosi abbastanza tutelato per il fatto di averne la titolarità, la quale gli consente, se insoddisfatto, di agire in rivendica. L'ascrivibilità della *fiducia* all'ambito dei contratti reali non riposa dunque sulla consegna di un bene, come invece avviene di regola.

[fiducia e trust] Infine la *fiducia* dà luogo, come si ricava da quanto detto, a una situazione giuridica meramente obbligatoria. Ciò vuol dire che al fiduciante non è dato inseguire la cosa presso un terzo a cui il fiduciario tradendo il patto l'abbia eventualmente alienata: otterrà i danni dal fiduciario infedele, ma nulla di più e di diverso. In altri termini la *fiducia* così come il contratto fiduciario che ne è derivato e che ancora oggi si pratica (frequenti peraltro le ipotesi di illiceità per frode alla legge), non è opponibile ai terzi.

Ciò ha indotto la gran parte degli studiosi a ritenere del tutto assente negli ordinamenti giuridici di tradizione romanistica un modello assimilabile nella sostanza al *trust* del *common law*, ove pure sono rinvenibili un fiduciante, un fiduciario e un vincolo di destinazione impresso al bene; vincolo che però – ecco il punto – risulta opponibile ai terzi (proprietà fiduciaria in senso tecnico). Come vedremo (cap. VII § 11) qualcosa di simile affiora invece, per taluni aspetti, nella figura del fedecommeso a un determinato stadio del suo sviluppo.

8. I contratti verbali

[nozione generale] È verbale il contratto che si perfeziona mediante la pronuncia di parole, idonee, per la loro corrispondenza a taluni schemi tipici, a dare vita al vincolo.

[obbligazioni contratte in forma di dialogo e di monologo] Dopo aver esordito dicendo che l'*obligatio verbis* si contrae con domanda e risposta e al termine della conseguente presentazione generale della *stipulatio*, l'istituzionista classico, in un brano che la tradizione testuale ha riferito in forma mutilata (Gai. 3.95a-96) ma che può essere integrato grazie all'Epitome visigotica (2.9.3-4), spiega che esistono anche due casi, con tutta evidenza atipici, in cui l'obbligazione sorge *uno loquente*, ossia in virtù di parole proferite da una sola persona (il futuro debitore), senza che alcuna domanda le sia stata precedentemente rivolta. Si tratta della *dotis dictio*, di cui già si è parlato (cap. II § 11), e della *promissio iurata liberti*, il giuramento con cui lo schiavo manomesso prometteva doni e servigi al patrono. A quest'ultimo proposito, Gaio aggiunge che in nessun'altra circostanza per diritto romano un soggetto si obbliga (civil-

mente) tramite la pronuncia di un giuramento.

[stipulazione] Contratto verbale per antonomasia dell'esperienza romana: di più, contratto per antonomasia *tout court* una volta valorizzata dalla riflessione giurisprudenziale matura la *conventio* che sta anche alla sua radice (§ 6), è la stipulazione.

Già presente nella forma della *sponsio* in epoca quiritaria e in certa misura alla radice di una compiuta configurazione della *obligatio* (§ 1), il negozio stipulatorio si espande poi nella sua veste aperta agli impieghi del *ius gentium* fino ad abbracciare un complesso virtualmente illimitato di potenziali prestazioni, e si propone come idoneo ad assorbire, rafforzare e garantire i più svariati assetti di interessi. Né, come già altrove anticipato, la sua natura formale, anche nel periodo in cui meno risulta intaccata, è di per sé ostacolo alla molteplicità di funzioni a cui si alludeva poco sopra, richiedendosi in definitiva soltanto la compresenza dei contraenti – lo stipulante (*reus stipulandi*), futuro creditore; e il promittente (*reus promittendi*), futuro debitore –; la loro capacità di parlare, udire e comprendere la lingua adibita – di qui la nullità della *stipulatio* compiuta dall'infante, dal sordo, dal muto –; nonché la congruità tra domanda e successiva contestuale risposta, a formare uno scambio dialogico coerente e serrato.

[sponsio] Queste ultime, nella formula antica del diritto civile mantenutasi sempre tale e praticabile dai soli romani, sono espresse con il verbo *spondere*: “*Spondes?*” “*Spondeo*” (“Prometti solennemente?” “Prometto solennemente”), preceduti – si capisce – almeno nella domanda, non necessariamente anche nella risposta, dalla indicazione della prestazione che si deduce; la quale dal canto suo, come si è sottolineato, ricopriva il più ampio spettro possibile compatibilmente con la struttura del negozio: dunque *dare, facere* (e non *facere*), *praestare* (§ 2).

“*Centum dari spondes?*” “*Spondeo*” (“Prometti solennemente di dare cento?” “Prometto solennemente”); “*Per te non fieri, quo minus mihi illa domo uti liceat spondes?*” “*Spondeo*” (“Prometti solennemente di non impedirmi l'uso di quella casa?” “Prometto solennemente”); “*Evictionem praestari spondes?*” “*Spondeo*” (“Prometti solennemente di star garante per evizione?” “Prometto solennemente”), sono solo alcuni esempi riprodotti, o ricavati, dai testi giuridici romani, che riproducono in successione le tipologie di oggetti passate in rassegna poco prima.

[altre formule stipulatorie] Come si è detto, alla formula della *sponsio* si affiancano poi altri schemi verbali che ne caratterizzano la versione contrattuale di diritto delle genti e che si attagliano alle medesime finalità: “*Promittis?*” “*Promitto*” (“Prometti?” “Prometto”); “*Fidepromittis?*” “*Fidepromitto*” (“Prometti in fede?” “Prometto in fede”); “*Fideiubes?*” “*Fideiubeo*” (“Presti fideiussione?” “Presto fideiussione”); “*Dabis?*” “*Dabo*” (“Darai?” “Darò”); “*Facies?*” “*Faciam*” (“Farai?” “Farò”). E Gaio (3.93) elenca pure alcune formule stipulatorie in greco aperte peraltro anche ai cittadini romani (come del resto era vera la reciproca [contraenti greci che usavano il latino], escluso s'intende il ricorso al verbo *spondere*), purché, come si diceva, in grado di capire la lingua adibita.

I richiami alla stipulazione, sparsi pressoché ovunque in tutti i settori della trattazione istituzionale che precedono questo, consentono di seguire qui il filo princi-

pale del discorso, senza soffermarsi sui numerosi temi di ambito più specifico. Basti dire qui che dell'uso della *stipulatio* a scopo di garanzia delle obbligazioni si tratterà nel § 23 e che l'*adstipulatio* e la stipulazione novativa trovano la *sedes materiae* nel campo dell'estinzione delle obbligazioni (§ 25).

Su due aspetti particolari – in qualche misura come si vedrà collegati – è tuttavia il caso di fornire qui alcuni cenni. Il primo riguarda la stipulazione penale (*stipulatio poenae*).

[stipulazione penale] Con questo nome si designa il contratto stipulatorio con cui ci si obbliga a pagare una somma di denaro in caso di inadempimento dell'obbligazione convenuta. Può trattarsi di una stipulazione che accede a un altro negozio (magari ancora una *stipulatio*): “Prometti di dare lo schiavo Stico?” “Se non darai lo schiavo Stico, prometti di dare cento?” (la *stipulatio poenae* è ovviamente quest'ultima); oppure può trattarsi di una stipulazione che ingloba sia la prestazione originaria sia quella penale condizionata: “Se non darai lo schiavo Stico, prometti di dare cento?”. In ambedue le ipotesi, si conviene fin dall'inizio l'ammontare della responsabilità per inadempimento, sollevando il creditore dalla non sempre agevole prova del danno.

[stipulazione a favore di terzi] Il secondo aspetto a cui si accennava consiste nella nullità della stipulazione a favore di terzi. Con il termine “terzi” si intendono persone diverse dallo stipulante e dall'avente potestà su questo. Così il *filius familias* può stipulare a favore del *pater familias* e il servo a favore del padrone, rendendo questi ultimi creditori, ma Tizio non può stipulare a favore di un soggetto diverso (“Prometti di dare cento a Caio?”).

La *stipulatio poenae*, di cui si è detto poco più in alto, poteva però servire a rendere indirettamente coercibile una prestazione a favore di un terzo. Così se si fosse domandato: “Prometti di dare a Caio lo schiavo Stico?”, per il motivo già visto né lo stipulante né Caio avrebbero avuto azione; ma se si fosse stipulato così: “Se non darai a Caio lo schiavo Stico, prometti di dare (a me) cento?”, si sarebbe potuto agire contro il promittente in forza della *stipulatio poenae* a proprio vantaggio. Il che, in fondo, equivale a dire che la stipulazione a favore di terzi è invalida, ma non è illecita la condizione sospensiva negativa apposta a una *stipulatio*, ove l'evento dedotto sia la mancata prestazione a favore di un terzo.

[astrattezza (e suo ambito)] La *stipulatio*, lo si è sottolineato più volte, è un negozio astratto. Nulla vieta tuttavia che la causa venga espressa nello stesso schema verbale: in genere sotto forma di condizione e in particolare, ancora, nella veste di una *stipulatio poenae* (“Se passerai sul fondo Corneliano, prometti di dare cento?”). In questo caso il promittente è tutelato di fronte a un'eventuale pretesa senza causa dello stipulante in forza della struttura del giudizio a cui dà luogo la stessa azione contrattuale. Trattandosi di stipulazione condizionata l'attore deve infatti provare che l'evento si è verificato (nell'esempio, che Tizio è passato sul fondo Corneliano): solo così può ottenere la condanna del convenuto. Ecco allora che, quando la causa viene espressa, il promittente anche sul piano del diritto civile ha poco da temere dalla generale astrattezza del negozio: in quella specifica fattispecie il negozio è diventato causale.

Problemi maggiori sorgono allorché la causa resta latente, in quanto non ricavabile dalla formula stipulatoria in concreto adibita. Sul piano del diritto civile la pretesa è esperibile, ma, come abbiamo visto, la giurisdizione pretoria tutela con una *exceptio doli* – poi, se la causa è un mutuo, con l'*exceptio non numeratae pecuniae* (eccezione di denaro non versato) – il promittente che, convenuto, invochi la mancanza della ragione economico-sociale sottostante.

[difesa] L'azione che sorge dal contratto è l'*actio ex stipulatu: certi o incerti*, a seconda che si tratti di prestazione avente a oggetto un *dare* (o un *facere*). L'*actio* è di stretto diritto, esperibile da parte dello stipulante contro il promittente, che, in ragione dell'unilateralità del contratto, risulta l'unico obbligato.

[stipulazione e documento] Il fatto che la *stipulatio* sia un contratto concluso mediante parole, in cui il dato formale della domanda e della risposta si pone in qualche modo come sostitutivo dell'evidenza causale, non toglie che, per ragioni tuzioristiche, si sia presto diffusa in Roma la prassi di testimoniare a scopo probatorio il vincolo così creato in un documento scritto.

In base ai presupposti esplicitati, tale documento non aveva alcuna rilevanza costitutiva e l'obbligazione sussisteva soltanto se una *stipulatio* valida era effettivamente intercorsa: in caso contrario ci si sarebbe trovati di fronte a un semplice pezzo di carta destituito di ogni valore.

[evoluzione postclassica] Eppure, una simile diffusa tendenza finì con l'incidere in modo profondo sulla vicenda storica della stipulazione, perché il documento, nato come mezzo di prova, si avvicinò sempre più a quegli scritti con efficacia creativa del vincolo obbligatorio ben conosciuti e ampiamente praticati dalle popolazioni ellenistiche (§ 9).

Quando, dopo la *Constitutio Antoniniana*, tutti gli abitanti dell'impero universale furono tenuti, sul principio della personalità del diritto, ad applicare i canoni giuridici romani, quelle popolazioni medio-orientali avvezze al documento costitutivo si trovarono nella necessità di adeguarsi, loro malgrado, al principio che voleva a base del vincolo una stipulazione con la sua struttura dialogica orale.

[clausola stipulatoria] Lo fecero e e non lo fecero allo stesso tempo. I documenti della prassi testimoniano l'uso di inserire in tali redazioni scritte la c.d. clausola stipulatoria: *interrogatus spodondi*; (in greco) *eperotetheis homológghesa* (“interrogato, ho promesso”). Era tuttavia una mera finzione, una clausola di stile più subita che compresa, la quale tradiva apertamente la diversa e incoercibile *forma mentis* di quelle popolazioni in materia contrattuale. Rivelata tra l'altro dal fatto che una simile dichiarazione compare anche, ad esempio, in schede testamentarie che, come tali, nulla hanno da spartire con la funzione propria della *stipulatio*.

D'altro canto, alla rigorosissima simmetria formale tra domanda e risposta postulata per secoli si era andata progressivamente sostituendo una più concreta congruenza sul piano della volontà sostanziale. Così si era ammesso che la risposta del promittente, anziché ricalcare il verbo della domanda, potesse esaurirsi in un più sbrigativo “*quid ni?*” (“perché no?”); parimenti si era finito per transigere sul fatto che a una domanda in latino si fosse risposto in greco e viceversa. Più perplessi erano i giuristi sull'uso della lingua punica o assira, ma ciò dipendeva soprattutto dalla

generale difficoltà per i romani di comprendere questi idiomi: problema che del resto si poteva risolvere con l'ausilio di un interprete (D. 45.1.1.6, di Ulpiano).

[riforma di Leone] In età postclassica, almeno in ambito occidentale, lo scritto sembra avere il sopravvento. In Oriente si continua a esigere il meccanismo verbale, ma con una difesa dello stesso sempre più fièvre, compromessa anche dal fatto che nel 472 l'imperatore Leone (C. 8.37[38].10) ne abolì ogni solennità residua, accontentandosi di qualunque forma di manifestazione del consenso. Se tale misura può essere vista come indice di persistenza, in Oriente del valore della formula verbale, essa finisce tuttavia anche con l'abbassare il grado di difendibilità della stessa, permettendone una più facile mimetizzazione e trasfusione nel documento scritto, che diventa pertanto assorbente.

[deformalizzazione della *stipulatio* e tipicità contrattuale] A questo punto anche la tipicità contrattuale subisce un fiero colpo: la *stipulatio* diventa una sorta di contratto consensuale che – a parte il problema circa la rilevanza della causa – si differenzia da quelli tipici (§§ 10-13) solo per la contestuale presenza, tuttora richiesta, dei soggetti che le danno vita. Né peraltro un simile estremo baluardo risulta difficile da aggirarsi, perché a fronte di un documento stipulatorio la compresenza dei contraenti è presunta, onde chi la contesta deve dimostrare “con prove evidentissime o in via documentale o con testi idonei che proprio in tutto quel giorno in cui si redigeva la scrittura o lui o il suo avversario [cioè l'altro contraente] si trovava in altri luoghi” (I. 3.19.12, che dà conto della legge giustiniana in C. 8.37[38].14, del 531).

9. I contratti letterali

[nozione generale] Sono propriamente quelli in cui il momento genetico dell'*obligatio* è determinato dalla redazione di uno scritto.

Le Istituzioni di Gaio (3.128-134) ne isolano uno solo, il *nomen transscripticium* (credito trascritto), da ritenersi di diritto civile romano; accennano poi anche ai chirografi e alle singrafi, ma specificando che si tratta di istituti propri degli stranieri.

Il discorso in generale deve prendere le mosse da un dato di prassi collegato, potremmo dire, all'economia domestica, cioè dalla menzione di una sorta di registro (il *codex accepti et expensi* [libro del ricevuto e dello speso]) tenuto dal capofamiglia – o dietro suo incarico da un sottoposto –, in cui venivano allineate partite contabili in entrata e in uscita. Che si trattasse di un volume papiraceo così congegnato, cioè a colonne affrontate, è per vero soltanto frutto di congettura, dal momento che non ne possediamo né esemplari né notizie circostanziate. Nondimeno, a quanto è dato evincere dai testi, una simile ricostruzione non sembra lontana dalla realtà.

[crediti di cassa (*nomina arcaria*)] Orbene, qualora si registrasse nella colonna delle uscite una somma effettivamente erogata a mutuo a favore, poniamo, di Tizio, non si aveva, come è facile comprendere, una obbligazione letterale: il credito derivava dal contratto reale di prestito e la scritturazione valeva, semmai, a provare il medesimo. Così almeno si esprime Gaio (3.131), quantunque non sia agevole valutare il

peso di una prova siffatta legata a un'iniziativa unilaterale del creditore: ed è forse da ritenersi che si sottintenda un simmetrico riscontro, fra le entrate, da parte del mutuatario. Questi di cui ora si è detto, a base reale, sono i *nomina arcaria* (crediti di cassa), che dunque esulano tecnicamente dalla problematica del contratto letterale.

[crediti trascritti (*nomina transscripticia*): a) da cosa in persona] Esso si ha invece allorché la scritturazione nella colonna delle uscite, insomma l'*expensum ferre* (portare il speso) – da cui anche il nome di *expensilatio* dato a questi contratti –, si fonda sopra una sostanziale finzione, nel senso che si segna in conto come versato a Tizio ciò che questi non ha propriamente mai ricevuto, ma che deve al titolare del registro in forza di una diversa fonte: per restare agli esempi di Gaio (3.129), compravendita, locazione-conduzione, società (né è dato sapere fino a che punto sia casuale la menzione dei soli contratti consensuali a prestazioni corrispettive).

È chiaro che la descritta operazione, la quale valeva a trasfondere in una *obligatio litteris* un precedente vincolo (per rimanere agli esempi proposti) di natura consensuale, necessitava del benestare del debitore, il quale probabilmente registrava in entrata nel proprio libro la somma corrispondente.

Un dubbio ulteriore non risulta tuttavia dissipato in misura adeguata. Esso riguarda la differenza formale – quella di sostanza è evidente – tra il “credito di cassa” e questo “credito trascritto”: come si distingue, leggendo le scritture, l'uno e l'altro? Ed è quesito a cui la dottrina, nonostante alcune argute congetture, non pare in grado di dare risposta.

[b) da persona a persona] La figura contrattuale di cui si è detto, in cui si porta in conto (nella colonna delle uscite) come erogato a Tizio ciò che lo stesso deve ad altro titolo, è il *nomen transscripticium a re in personam* (credito trascritto da cosa a persona). Esiste tuttavia un'altra forma di *transscriptio*, quella *a persona in personam* (da persona a persona), in cui Caio segna in conto come versato a Tizio ciò che gli deve Sempronio. In tal caso si avrà una delegazione, per cui al posto di Sempronio, nuovo debitore di Caio sarà Tizio. Valgono anche qui le considerazioni già fatte a proposito della necessità del consenso dei soggetti coinvolti.

Questi, dunque, i contratti letterali romani.

[chirografi e singrafi] Per quanto concerne chirografi e singrafi, si tratta di attestazioni di debito o di promesse di pagamento praticate in ambiente peregrino, ma a cui anche i romani non erano estranei, ove lo scritto è generatore di *obligatio*, sicché può parlarsi di documenti con valore costitutivo. Stando a un celebre passo dello Pseudo Asconio (IV secolo d.C.), a dire il vero, tale carattere avrebbero solo le singrafi, cioè quei particolari tipi di documenti firmati da entrambe le parti e conservati in duplice esemplare, in cui fittiziamente si attesta anche ciò che non è avvenuto, nel senso che i contraenti sono d'accordo che sorga tra loro un rapporto negoziale sul fondamento di una causa non effettiva.

A partire dalla tarda età classica, i *nomina transscripticia* non sono più praticati e nei testi del *Corpus Iuris* la menzione dell'*obligatio litteris* è sistematicamente cancellata.

[impianto istituzionale giustiniano] I compilatori delle Istituzioni giustinianee (3.21), volendo conservare l'impianto classico, non si sentono tuttavia di lasciare un

vuoto in corrispondenza delle obbligazioni da scrittura, e a tal fine ne escogitano una tutta particolare. Se da un documento, non stipulatorio, di mutuo risulta che Tizio deve a Caio una certa somma di denaro in realtà mai versata, il primo ha due anni di tempo per esperire la *querela non numeratae pecuniae*, cioè l'azione che contesta la sussistenza causale, o, convenuto, per difendersi con l'analoga *exceptio*. Qualora lasci inutilmente trascorrere tale periodo, si trova obbligato – dicono le Istituzioni – in forza dello scritto, ormai, come premesso, inoppugnabile.

Benché in dottrina non manchino apprezzamenti anche autorevoli in ordine a una simile soluzione compilatoria (corroborata tra l'altro dai rilievi di Teofilo), essa, a nostro sommo parere, non risulta felice. L'obbligazione, infatti, non nasce propriamente dallo scritto, ma poggia sul dato tecnico di non potersi più contestare il rapporto sottostante invocato dal creditore, mentre è ovvio che il decorso del tempo – pur idoneo a far acquistare e perdere diritti – non è in grado di mutare un titolo negoziale: potrebbe, semmai, individuarsi una presunzione legale di *obligatio re contracta*. Più adatta a salvare la quadripartizione coprendo l'area dei contratti letterali sarebbe stata forse la figura della vendita in forma scritta (*cum scriptis*) (§ 10), ma, d'altra parte, estrapolarla dal tessuto dogmatico dei contratti consensuali avrebbe comportato uno strappo sul piano della tradizione sistematica che gli autori delle Istituzioni – con scelta stavolta da condividersi – hanno ritenuto opportuno evitare.

10. I contratti consensuali: la compravendita

[i contratti consensuali: nozione...] Si qualificano consensuali i contratti in cui le obbligazioni nascono dal mero accordo delle parti liberamente manifestato, prescindendo quindi dalla consegna di un bene o da requisiti di forma: qui l'elemento della *conventio*, distillato – potremmo dire – allo stato puro, esprime senza mediazioni di sorta la sua efficacia generatrice di *obligatio*.

Ne consegue, tra l'altro, la possibilità di dare vita al vincolo anche da parte di contraenti che si trovano in luoghi diversi – non così, invece, per la *stipulatio* (§ 8) –, ricorrendo a una lettera o a un messaggero.

[... e tipi] I contratti tipici di questa natura sono quattro: la compravendita, la locazione-conduzione, la società, il mandato. Emergono, nell'esperienza romana, a cavallo tra il III e il II secolo a.C., in concomitanza con l'introduzione dei *bonae fidei iudicia*. Per la compravendita e la società può individuarsi un'origine nella giurisdizione peregrina, in stretto collegamento con l'espansione del traffico commerciale mediterraneo incardinato su un'economia monetaria ormai matura, e implicante, per il pluralismo etnico degli operatori, da una lato grande agilità di schemi giuridici, dall'altro, quasi per compenso, profonda incidenza del canone della *fides*. Tale ultimo carattere è peraltro condiviso anche da locazione-conduzione e mandato, per i quali è più plausibile l'ipotesi di una matrice nell'ambito della *iurisdictio urbana*.

[compravendita] Seguendo l'ordine prospettato poco sopra, che del resto riproduce quello gaiano, incominciamo con la compravendita (*emptio venditio*).

Trattando della *mancipatio*, si è detto che essa in età classica è definita come *imaginaria venditio* (cap. V § 8). Da questo dato, nonché dalla struttura rivelata dall'istituto anche a fronte delle nuove, differenti funzioni a cui si troverà adibito, si ricava che lo stesso in antico concretava un modello di compravendita. Fra questa sorta di archetipo e il contratto che ora ci occupa corrono però differenze profonde.

[effetti obbligatori] In particolare, la *mancipatio* è da ritenersi, in origine, una compravendita a contanti: cosa contro metallo pesato, in uno scambio concluso in forma contestuale e con passaggio immediato della proprietà sull'una e sull'altro. L'*emptio venditio* invece ha effetti meramente obbligatori: dal consenso delle parti nasce per il venditore l'obbligazione di trasferire (non la proprietà ma) il pacifico possesso della cosa; per il compratore, quella di pagare il prezzo, ossia trasferire la proprietà del denaro, bene fungibile che ammette semplice consegna (*traditio*).

Dunque, tale contratto, come di regola il contratto romano, è idoneo a creare obbligazioni, nel nostro caso reciproche, ma non a trasmettere diritti reali. La proprietà sulla cosa, se *nec Mancipi*, perverrà al compratore mediante la *traditio* (*venditionis causa*), che costituisce la prestazione a cui si è vincolata l'altra parte. Se si tratta di *res Mancipi*, il compratore a cui sia solo consegnata, se cittadino romano, potrà usucapirla decorso il tempo relativo: nel frattempo, contro il venditore che agisca in rivendica sarà tutelato dall'*exceptio rei venditae et traditae*; per recuperare il possesso comunque perduto potrà esperire l'*actio Publiciana* – su questi due rimedi cap. V § 4 –; infine, a partire da una certa fase evolutiva del rapporto, riceverà la copertura legata alla garanzia per evizione (su cui poco più avanti). Nessun problema, poi, qualora il venditore – stante sempre la premessa dello *status civitatis* dei contraenti – si sia assunto l'obbligazione accessoria di compiere la *mancipatio* o la *in iure cessio*: benché, lo ripetiamo, non tipica, essa doveva risultare frequente. Il compratore straniero non potrà acquistare il *dominium*, ma si gioverà della garanzia per evizione – in tal caso virtualmente senza limiti cronologici – che fa capo al suo dante causa.

Da quanto esposto risulta evidente che a trasferire la proprietà sono sempre gli istituti giuridici a ciò deputati, non rientranti fra i *contractus*: a seconda dei casi, *traditio* (*res nec Mancipi*), *usucapio* (*res Mancipi* solo consegnata, come da obbligazione tipica), *mancipatio* o *in iure cessio* (se tale carico ulteriore sia stato pattuito).

[effetti reali della compravendita postclassica] Tale principio in età postclassica tende tuttavia ad appannarsi per il ricorrere di diverse concause, non ultima la scomparsa dei negozi traslativi solenni con incontrastata operatività di una *traditio* dal canto suo sempre più incline a una veste “spiritualizzata” (cap. V § 8). Contro tale risultato, dovuto non già al disposto di norme autoritative ma all'atteggiarsi della prassi nel tardoantico, Giustiniano reagisce ripristinando i canoni concettuali classici; è però un restauro solo parziale (per l'*emptio venditio cum scriptis* vedi poco sotto) e di facciata, inidoneo come tale a mutare il corso dell'evoluzione giuridica.

[nozione] Premesso, in rapidissima anticipazione di quanto si spiegherà meglio nel seguito del paragrafo, che al venditore è addossata, oltre alla garanzia per evizione, anche quella per i vizi occulti della cosa, possiamo proporre una definizione dell'*emptio venditio* così congegnata: la compravendita è il contratto consensuale a prestazioni corrispettive con cui una delle parti – il venditore (*venditor*) – si obbliga

nei confronti dell'altra – il compratore (*emptor*) – a trasmettere il pacifico possesso di una cosa (*merx*), garantendo per l'evizione e i per i vizi occulti della stessa; l'altra, in ragione di ciò, si obbliga a trasmettere la proprietà del denaro che costituisce il prezzo (*pretium*).

[elementi:] Consideriamo ora gli elementi del contratto, riconoscibili rispettivamente nell'accordo delle parti (*conventio*), nella *merx*, nel *pretium*.

[a] accordo] Del primo, in buona misura, si è detto. Gaio insegna che la compravendita si contrae con l'accordo sul prezzo (*cum de pretio convenerit*: 3.139), non certo perché dimentichi l'incontro delle volontà anche sulla *merx*, quanto piuttosto perché quest'ultimo appare presupposto ovvio, mentre l'esperienza comune dimostra che proprio la trattativa sul prezzo può ritardare la conclusione del contratto. L'istituzionista classico aggiunge subito dopo che l'*emptio venditio* è operativa, nei suoi effetti obbligatori tipici, ancorché il prezzo non sia stato ancora pagato e neppure sia intervenuta un'*arra* (su cui più avanti), intendendo fissare così una netta demarcazione tra il contratto in commento e quelli reali.

[(compravendita a forma scritta)] Alla compravendita consensuale di cui stiamo parlando si affianca in epoca tardoromana fino ad avere il sopravvento, almeno in caso di operazioni immobiliari, l'*emptio venditio* redatta in forma scritta (e con effetti traslativi). Qui la scrittura integra un dato formale *ad substantiam*, onde il contratto si perfeziona soltanto a redazione del documento espletata: se la scrittura privata non è stesa direttamente dal venditore e compratore, ma da altri, dev'essere da quelli firmata; trattandosi di atto notarile, è necessaria la dichiarazione finale ove il notaio attesta di averlo completato (*completio*) e rilasciato ai contraenti (*absolutio*): tale clausola può leggersi chiaramente in un documento ravennate di compravendita della fine del VI secolo d.C., ripubblicato dall'Arangio-Ruiz (*FIRA* III.140). Stabilendo nel dettaglio le regole di cui sopra, Giustiniano (C. 4.21.17, del 528; I. 3.23 pr.) evita accuratamente di rimarcare, per queste compravendite *cum scriptis*, un'efficacia esclusivamente obbligatoria.

[b] “merce”] La *merx*, ossia la cosa compravenduta, può essere della più varia natura, purché *in commercio* (si rivedano peraltro i requisiti della prestazione: § 2): può anche trattarsi di bene incorporale, come l'eredità, le servitù prediali da costituirsi, l'(esercizio delle facoltà inerenti all')usufrutto, la superficie. Né è esclusa la compravendita di cosa futura. Vengono qui in particolare rilievo i casi dell'*emptio rei speratae* (compera di cosa sperata: l'espressione è coniata dai giuristi medievali) e dell'*emptio spei* (compera “di una speranza”: l'espressione è romana [D. 18.1.8.1, di Pomponio]).

[compera di cosa sperata (*rei speratae*)] Si ha la prima quando il fatto che la cosa venga a esistere o entri nella disponibilità del venditore funziona come una sorta di condizione sospensiva: ad esempio, compro il fanciullo che nascerà dalla schiava Albina, sempre – è da intendersi – che la gestazione abbia esito felice. L'assimilazione alla *condictio* vale soprattutto ai fini esplicativi, perché qui l'incertezza concerne l'esistenza o meno di un elemento essenziale del negozio, quale è la *merx*.

[compera “di una speranza” (*spei*)] Si ha la seconda allorché dall'accordo risulta che il compratore pagherà il prezzo fissato anche in caso di esito nullo: ad esempio,

compro al prezzo di cento tutto il pescato che otterrà domani quella barca, restando inteso che corrisponderò la somma anche qualora l'uscita risulti infruttuosa; onde appare evidente la natura aleatoria del contratto.

Sempre con riguardo alla *merx* va precisato che non è necessario si tratti di cosa in proprietà del venditore. Egli si obbliga, come abbiamo sottolineato, a trasmettere il pacifico possesso: a questo è tenuto, per questo deve stare garante. In caso contrario sarà responsabile per inadempimento.

Nulla, invece, è la vendita di cosa già in proprietà del compratore; a meno che quest'ultimo non intenda in tal modo conseguire il possesso che non ha e che gli attribuisce posizione di vantaggio nel giudizio di rivendica (D. 18.1.34.4, di Paolo).

[c) prezzo] Veniamo ora al prezzo, che deve essere certo, e consistere in denaro contante.

Quanto al primo punto, Gaio (3.140) dà notizia di una discussione tra i giuristi circa la validità di una compravendita in cui il prezzo fosse affidato alla stima di un terzo: è riportato alla fine il parere favorevole di Aulo Ofilio e di Proculo, e da ciò si può forse arguire indirettamente una propensione gaiana per quest'ultimo partito. Giustiniano, comunque, risolve il problema in via autoritativa (C. 4.38.15, del 530; I. 3.23.1[1]), riconoscendo la validità del contratto con tale clausola, ma subordinandone l'efficacia alla *condicio iuris* che l'arbitro proceda alla determinazione rimessagli, a cui, in tal caso, venditore e compratore dovranno attenersi (vedi anche § 2).

[compravendita e permuta] Quanto al secondo punto, sul problema se il prezzo possa consistere anche in una cosa diversa dal denaro contante si è concentrata una delle più celebri dispute tra Sabiniani e Proculiani. I seguaci di Capitone sostenevano che anche lo scambio di cosa contro cosa (permuta) integrasse una tipologia di compravendita, quelli di Labeone lo negavano recisamente affermando che in tal caso sarebbe stato impossibile distinguere tra *merx* e *pretium* e, di conseguenza, tra venditore e compratore, le cui obbligazioni sono invece, come sappiamo, strutturalmente diverse. A tale obiezione tuttavia Celio Sabino replicava dicendo che se Tizio mette in vendita un fondo, e Caio, anziché denaro, lo convince ad accettare uno schiavo, si capisce benissimo che il primo è la *merx*, il secondo è il *pretium*.

È difficile dire se l'intervento di quest'ultimo giurista, a cui Gaio dà un rilievo non secondario (3.141), modifichi in forma incisiva l'opinione sabiniana, limitando la possibilità di un prezzo diverso dal denaro al solo caso di *res venalis* (cioè di bene chiaramente posto in vendita), o se – e in quale misura – valga piuttosto a spiegare meglio una teoria in realtà meno generale di quanto non potrebbe apparire dai rapidi resoconti dei testi. Comunque, nonostante il deciso e finale prevalere del punto di vista proculiano circa la necessità di un *pretium* in denaro, il caso della *res venalis* – in cui si ammette un prezzo in natura – affiora anche in un rescritto di Gordiano inserito nel Codice giustiniano (C. 4.64.1, del 238). Come vedremo, la permuta può ascriversi all'ambito dei contratti innominati.

[laesio enormis] Non è invece requisito del prezzo quello dell'equità: fuori dall'ambito del dolo, si può vendere a prezzo assai più alto del valore della *merx* e viceversa. Diocleziano, alla fine del III secolo d.C., ammise tuttavia che, trattandosi di un immobile acquistato a un prezzo inferiore alla metà del suo valore di stima, il vendito-

re potesse chiedere la rescissione del contratto salvo che il compratore non optasse per l'integrazione del prezzo (c.d. *laesio enormis*: C. 4.44.2, del 285). La norma, recepita nella compilazione giustiniana, non introduce però il generale principio del giusto prezzo: opera solo in caso di operazioni immobiliari e solo a favore dell'alienante – che, in effetti, lo stato di necessità addita di solito come la parte più debole –, lasciando privo di tutela il compratore che abbia sopportato un sacrificio economico esorbitante.

[difesa] Prima di considerare le obbligazioni del venditore e del compratore, va precisato che il primo è tutelato dall'*actio venditi* (o *ex vendito*: azione da vendita), il secondo dall'*actio empti* (o *ex empto*: azione da compera): si tratta, come già accennato di azioni *in ius conceptae* che danno luogo a giudizi di buona fede, con tutte le conseguenze che ciò comporta (cap. III § 9).

[obbligazioni del venditore] Il venditore è tenuto a trasmettere il pacifico possesso della cosa (il c.d. *habère licère*), a garantire per l'evizione, a garantire per i vizi occulti della *merx*.

[a) trasmissione del possesso] Della prima obbligazione si è detto poco sopra, per cui può bastare qui un mero richiamo. Le altre due derivano da questa, a guisa di corollario logico. **[b) garanzia per evizione]** Poiché, quanto al bene acquistato, il compratore ha diritto a una fruibilità esente da ostacoli e turbative, si comprende come egli possa imputare all'altra parte il fatto di un godimento reso impossibile per l'evizione operata dal vero proprietario che, rivendicando vittoriosamente la cosa, gliela ritoglie; ovvero limitato dall'esistenza di un diritto reale minore – ad esempio, l'usufrutto – che altri vanta sulla *res* compravenduta. Ma, d'altro canto, la fruibilità di cui si parla, oltre che da cause esterne legate a diritti reali altrui, è inevitabilmente compromessa dalla presenza di difetti intrinseci alla cosa, i quali la rendono idonea alla funzione specifica a cui la stessa è deputata e che determinò l'acquirente al negozio, onde pure dei medesimi, in linea di principio, va fatto carico al venditore.

In origine tuttavia mancava un diretto rapporto di dipendenza tra la responsabilità per evizione e il contratto di compravendita. Trattandosi di *res* (*mancipi*) fatta oggetto di mancipazione – il che, come si è ipotizzato, doveva risultare tutt'altro che infrequente –, il compratore convenuto in rivendica da un terzo poteva chiamare in giudizio il venditore perché si assumesse la difesa processuale; in caso di rifiuto, o comunque di soccombenza, poteva esperire contro di lui l'*actio auctoritatis*, nel doppio. Tali rimedi operavano tuttavia, come si è premesso, in forza di un'avvenuta *mancipatio* e a tale negozio erano collegati.

Divenne allora di uso abbastanza sparso assicurarsi contro l'evizione mediante stipulazioni, in particolare la *stipulatio duplae*, con cui il venditore prometteva di corrispondere il doppio del prezzo ricevuto qualora l'*emptor* venisse evitto. Cambia lo strumento, ma il parallelismo logico con l'ipotesi precedente appare chiaro: la tutela del compratore privato della disponibilità del bene – alla restituzione dello stesso è equiparata l'*aestimatio* dovuta per la condanna – non discende dal contratto di compravendita in sé, ma da un diverso negozio, in questo caso la stipulazione, e può essere invocata sperando la relativa *actio*. Ben presto però si ritenne che non

fosse consono alla buona fede che permea incisivamente il rapporto di *emptio venditio* il diniego del venditore in ordine a tale stipulazione di garanzia, e la prestazione della stessa fu considerata una vera e propria obbligazione gravante su quello, implicata dalla natura del contratto principale.

Si configurava così una sorta di obbligo a contrarre: dal negozio consensuale nasceva il vincolo, gravante sul venditore, a concludere con l'altra parte la *stipulatio* di garanzia. Il passo finale consistette nel far rientrare nella stessa tutela conseguibile con l'*actio empti* la copertura del rischio di evizione, che dunque divenne in forma quanto mai evidente un elemento naturale del contratto (naturale, perché restò lecito escluderla pattiziamente).

[c) garanzia per i vizi occulti] Per i vizi occulti della cosa venduta, la responsabilità in capo al venditore segue un'evoluzione non dissimile a quella prospettata per l'evizione. In caso di *mancipatio*, il venditore che con una *lex mancipii* (cap. V § 8) li avesse espressamente esclusi, doveva poi rispondere in caso di loro comprovata esistenza. Ma ciò derivava, appunto, dalla mancipazione, non dall'*emptio venditio*. Anche qui divennero quindi usuali stipulazioni accessorie con cui si escludevano specifici difetti, e che davano luogo, parimenti, all'*actio* propria di tale ultimo contratto verbale. Nell'ambito della loro giurisdizione, gli edili curuli emanavano poi editti relativi ai vizi occulti degli schiavi e degli animali da lavoro messi in vendita nei mercati.

Qui si stabiliva che il venditore di queste cose semoventi dovesse dichiarare malattie e difetti non palesi – per gli schiavi anche tare morali, come l'esser proclive alla fuga, o vagabondo o ladro; nonché, sul piano giuridico, l'esser gravato di responsabilità nossale (assimilabile peraltro più all'area dell'evizione) – che ne compromettessero un uso proficuo.

In caso di dichiarazione non veritiera, ancorché esente da dolo, il venditore poteva essere convenuto con un'*actio redhibitoria* da intentarsi entro sei mesi dall'accertamento del vizio e tesa alla risoluzione del contratto – quindi la *merx* torna al venditore, il *pretium* al compratore, come se operasse una *restitutio in integrum* (D. 21.1.60, di Paolo) –, oppure un'*actio quanti minoris*, esperibile entro un anno, la quale faceva conseguire all'*emptor* che preferisse tenersi il servo o il giumento la somma corrispondente al minor valore di stima. Poteva tuttavia capitare che, intentata la *quanti minoris*, il giudice non ritenesse conveniente per il compratore avere, quantunque a prezzo vile, uno schiavo inutilizzabile – ad esempio perché pazzo –: in tal caso, rientrava nel suo ufficio disporre gli stessi effetti del giudizio redibitorio (D. 21.1.43.6, di Paolo).

L'editto edilizio funzionò come fattore trainante e le sue clausole furono estese a ogni *emptio venditio* in quanto tale, a prescindere dalla natura della *merx*; mentre l'originario specifico contenuto dell'*actio redhibitoria* e dell'*actio quanti minoris* fu assorbito nella sfera dell'*actio empti*, con cui, a seconda della sua determinazione, il compratore poteva ottenere il prezzo pagato o la restituzione del sovrappiù. A differenza dell'analogo fenomeno già visto in tema di evizione – il quale invece è classico –, quest'ultima soluzione sembra ascrivibile esclusivamente all'opera dei compilatori giustinianeî.

[obbligazioni del compratore e *periculum rei*] Il compratore, come già si è detto, deve pagare il prezzo. Deve, aggiungiamo, pagarlo anche se la cosa, non ancora consegnatagli, sia perita presso il venditore senza dolo o colpa di questi. Così la perdita della *merx* per caso fortuito o forza maggiore – avvenuta, s'intende, a contratto concluso – torna a danno dell'acquirente, che non è affatto, dal canto suo, esentato dalla propria *obligatio*: *periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet* (“il rischio circa la cosa venduta grava subito sul compratore”), dicono le fonti (I. 3.23.3, con molti precedenti classici) e un simile canone, ancorché possa lasciare perplessi, era di certo operante. Va però sottolineato che il venditore prima della *traditio* è gravato della rigorosa responsabilità per *custodia* (§ 4), dalla quale esulano, appunto, solo gli eventi inevitabili.

[patti aggiunti:] Frequenti erano i patti aggiunti contestualmente al contratto di compravendita. Essi, trattandosi di negozio tutelato da giudizi di buona fede, valevano a plasmare l'assetto ed il loro contenuto doveva essere preso in considerazione in fase di processo. Si possono qui ricordare: **[a) *lex commissoria*]** la *lex commissoria* – il venditore può ottenere la risoluzione del contratto se il prezzo non gli sia stato pagato entro il termine (patto di risoluzione sottoposto a condizione sospensiva negativa) –; **[b) *vendita a prova*]** la clausola di vendita a prova – l'efficacia della compravendita è sottoposta alla condizione sospensiva di gradimento da parte del compratore; oppure, altro modo di configurarla, la vendita, subito operativa, può essere risolta dall'*emptor* che non approvi la merce –; **[c) *in diem addictio*]** la *in diem addictio* – il venditore può risolvere il contratto se, entro un dato termine, gli pervenga una offerta più vantaggiosa (patto di risoluzione sottoposto a condizione sospensiva) –; **[d) *prelazione*]** patto di prelazione – il compratore qualora intenda vendere la cosa, è tenuto ad offrirla in prima battuta al venditore, e solo in caso di rifiuto da parte di quest'ultimo può cederla ad altri.

[*arrae*] Un ultimo accenno va dedicato alla tematica delle *arrae*, affiorata nella parte iniziale del paragrafo. Si tratta di un istituto di origine greco-orientale che, penetrando nell'esperienza giuridica romana, assume due diverse configurazioni. Può fungere, innanzitutto, da prova della conclusione del contratto: il compratore consegna al venditore una somma di denaro o un diverso oggetto; allorché pagherà il prezzo, l'ammontare già versato gli sarà dedotto, ovvero otterrà la restituzione della cosa (evidente, in tale fattispecie, anche la funzione di garanzia). Nel secondo aspetto, l'*arra* vale come penale per il recesso: se il compratore che ha dato le *arrae* non esegue la sua prestazione, perde le medesime a vantaggio del venditore, che dal canto suo le deve restituire doppie in caso di proprio pentimento (c.d. *arra penitenziale*).

11. Cont.: la locazione-conduzione

[affinità con la compravendita...] Le Istituzioni di Gaio e quelle imperiali affrontano la *locatio conductio* subito dopo aver esaminato la compravendita, e si muovono in larga misura sulla scia di questa precedente trattazione: “La locazione-conduzione

si fonda su regole simili”, esordisce l'istituzionista classico (3.142); “La locazione-conduzione è assai vicina alla compravendita, e ambedue si fondano sulle stesse regole giuridiche”, gli fa eco il manuale giustiniano (3.24 pr.), che, tra l'altro, riproduce qui un passo delle *Res cottidianae* (D. 19.2.2 pr.).

Entrambe le opere didattiche toccano poi problemi analoghi a quelli che già si sono posti per la compravendita: può la mercede (il corrispettivo proprio della *locatio conductio*) essere rimessa all'arbitraggio di un terzo? Gaio lascia la questione insoluita; Giustiniano spiega che vale quanto da lui stabilito circa il prezzo della compravendita (la stima del terzo è *condicio iuris* per l'operatività del contratto); può fungere da mercede per l'uso di una cosa concesso da Tizio a Caio l'uso di un'altra simmetricamente concesso da Caio a Tizio? Gaio, di nuovo, non dà risposta; Giustiniano precisa che non si tratta in tal caso di locazione-conduzione, bensì di un contratto – noi diremmo “innominato” (§ 14) – di diversa natura.

Non basta: la parentela (*familiaritas*) tra le due figure è così stretta che – avvertono i due manuali – capita talvolta di imbattersi in casi-limite, in cui non è agevole propendere d'acchito per il partito della compravendita o per quello della locazione-conduzione: Gaio disquisisce su tre fattispecie appartenenti a tale “zona grigia”; Giustiniano ne riprende due, nei termini che vedremo.

Binari non solo paralleli, dunque, ma – si direbbe – pressoché adiacenti: l'una e l'altra contratti consensuali – i soli peraltro in cui i poli del rapporto hanno nomi non derivati dalla stessa radice –; l'una e l'altra contratti a prestazioni corrispettive; l'una e l'altra negozi di *ius gentium* difesi da azioni *in ius conceptae* di buona fede (per il contratto che ora ci occupa, *actio locati* [o *ex locato*], a tutela del locatore; *actio conducti* [o *ex conducto*], a tutela del conduttore).

Si è pensato in dottrina che alla base di questa affinità forte più volte ribadita dai testi vi sia un originario stato di indistinzione tra *emptio venditio* e *locatio conductio*, da cui in seguito si sarebbe venuta progressivamente enucleando, non sempre in modo lineare, la nozione tipica di tale ultimo contratto. A riprova di un simile assunto si adduce, ad esempio, la promiscuità terminologica che ancora lega i due rapporti in un'opera risalente come il *De agri cultura* di Catone (III-II secolo a.C.).

[... e differenze di fondo] Ciò premesso, in uno stadio di evoluzione matura, esiste tra le due cause contrattuali una differenza chiara e profonda, che si può forse sintetizzare così: la compravendita postula una attribuzione onerosa (virtualmente) definitiva; la locazione-conduzione, sempre su un presupposto di onerosità, postula invece una fruizione solo temporanea – ancorché magari durevole – di risorse altrui. **[tipologie di locazione-conduzione:]** Tali risorse possono poi consistere in un bene materiale di cui si ottiene, dietro compenso, la disponibilità (c.d. *locatio conductio rei* [locazione-conduzione di cosa]); nell'opera tecnica o di sorveglianza svolta da altri sopra una cosa propria (c.d. *locatio conductio operis* [locazione-conduzione d'opera]); ovvero, infine, nell'attività lavorativa subordinata e a tempo, fornita da un prestatore di fatica fisica (l'impegno intellettuale esula dai possibili oggetti di locazione), che non sia di condizione servile (c.d. *locatio conductio operarum* [locazione-conduzione d'opere]).

Abbiamo introdotto l'argomento della locazione-conduzione in modo unitario

proprio perché fondamentalmente unitaria è l'impostazione concettuale delle fonti, le quali in realtà non distinguono sul piano dogmatico fra *locatio conductio rei*, *operis* e *operarum*. I testi parlano infatti di *locare rem* (letteralmente “collocare una cosa”) sia allorché Tizio consegna a Caio una veste perché questi, dietro compenso, possa indossarla; sia allorché lo stesso abito è consegnato a Caio perché l'accipiente lo rammendi, lo lavi o lo tinga.

Quanto esposto, sul piano per così dire effettuale e descrittivo, si comprende benissimo: locatore (*locator*) è chi colloca (*locat*) la cosa; conduttore (*conductor*) è chi la riceve e la reca con sé (*conducit*), né – su questo preciso e delimitato terreno – rileva che egli faccia ciò per fruirne o per esercitarvi sopra la propria perizia artigianale a beneficio di colui che quella cosa gli diede (trattandosi di fondi, è ovvio che gli atti del *locare* e del *conducere* vanno intesi in forma un poco più “spiritualizzata” e alludono rispettivamente alla concessione e all'assunzione della disponibilità dell'immobile).

Tuttavia – e questo è un punto rilevante – malgrado l'unitarietà terminologica di cui si è detto, la sensibilità giuridica romana è ben consapevole della radicale differenza fra i due tipi di rapporti qui esemplificati: nel primo caso infatti è il conduttore, che si giova della veste facendone uso, a pagare la mercede al locatore; nel secondo è invece il locatore, che beneficia dell'opera tecnica dell'altro contraente, a corrispondere a questo il compenso. Nel caso poi di lavoratore a tempo di condizione libera, è lui che “colloca” la propria energia fisica (*operæ*) e che pertanto riceve dal *conductor*, che se ne avvantaggia, il corrispettivo per la fatica profusa.

Ecco allora che, anche se non teorizzate dai romani, le tre figure sopra distinte della *locatio conductio (rei, operis, operarum)* sono, come dire, sottese alla costruzione dogmatica del nostro contratto, adombrando, al di là di un “collocare” e di un “portare con sé” materialmente descrittivi, precisi e circostanziati assetti di interessi. Onde qui pure, per ragioni di chiarezza didattica, si incanalerà su questa tricotomia – ancorché pandettistica, lo ripetiamo – la restante trattazione dell'argomento.

[a) *locatio conductio rei*] Nella c.d. *locatio conductio rei*, il locatore si obbliga a porre nella disponibilità del conduttore una cosa affinché questi la usi nella direzione e per il periodo di tempo stabiliti; il conduttore, in ragione di ciò, si obbliga a corrispondere una mercede e a restituire la cosa alla scadenza.

Si dubitava in età classica se il rapporto di concessione onerosa di fondi municipali da cui il conduttore non poteva essere estromesso che per morosità – e quindi fisiologicamente perpetuo, con trasmissibilità agli eredi – concretasse una compravendita o una locazione-conduzione. All'epoca di Gaio (3.145) si inclinava per quest'ultimo contratto; Giustiniano (3.24.3), rifacendosi alla *lex Zenoniana* a noi nota, dice che si tratta di un contratto enfiteutico, con gli effetti che conosciamo (cap. V § 12).

Come nel comodato, deve trattarsi di bene inconsumabile; analogamente il conduttore ha, dello stesso, la mera detenzione: sfornito di *possessio*, per la tutela interdittale egli di conseguenza deve rivolgersi al locatore.

[obbligazioni del locatore] Il locatore, dal canto suo, sta garante (*praestat*) per il normale e pacifico godimento della cosa; dal che discendono varie conseguenze.

Così, se il bene viene evitto, il conduttore può agire con l'*actio conducti*, al fine di ottenere il risarcimento del danno. Lo stesso dicasi qualora la cosa sia affetta da vizi (non previamente dichiarati) che ne compromettano la fruizione.

[rimessione della mercede] L'affittuario di un fondo rustico, se il raccolto è mancato per eventi straordinari – come un terremoto o un'inondazione –, può ottenere che la mercede gli sia rimessa, quasi che il locatore gli avesse consegnato una *res inidonea* (tuttavia, per ragioni di equità, Papiniano decide che se a quella infausta segue un'annata generosa, il conduttore deve corrispondere anche il canone precedentemente abbuonatogli: D. 19.2.15.4). Infine, premesso che la vendita della cosa locata non vincola il compratore a rispettare quel contratto, il conduttore sfrattato anzitempo dall'acquirente può agire contro l'altra parte (con l'*actio conducti*) per il risarcimento del danno.

[obbligazioni del conduttore] Il conduttore è obbligato a pagare la mercede – che è in denaro, eccezionalmente in natura (quota dei frutti: come nella attuale colonia parziaria) –: se abbandona l'immobile senza giusto motivo prima che il termine sia scaduto, egli è tenuto alla corresponsione integrale dei canoni (causa legittima di tale natura è, ad esempio, il fondato timore di un crollo; su un passo di Alfeno Varo, in D. 19.2.27.1, ove si distingue tra giusta e non giusta ragione di paura, in età intermedia si è teorizzata pure la possibilità per il conduttore di risolvere il contratto in caso di abitazione infestata da spiriti).

[estinzione] Oltre che per lo scadere del termine finale, il rapporto è sciolto per il recesso dell'una o dell'altra parte, purché in conformità degli usi; non invece – salvo patto contrario – dalla morte, con trasmissione, attiva e passiva, agli eredi.

[b) locatio conductio operis] Nella c.d. *locatio conductio operis*, il conduttore deve eseguire l'opera secondo i canoni tecnici dell'arte implicata, e consegnare entro il termine il risultato pattuito: solo in tal caso può esigere la mercede. A questa figura contrattuale sono riconducibili i moderni contratti di appalto, di trasporto, di lavoro autonomo, di deposito non gratuito.

In taluni casi, come quello del *fullo* (lavandaio, o tintore d'abiti), del *sarcinator* (sarto, o rammendatore), del sorvegliante retribuito, la responsabilità che grava sul conduttore per la restituzione della cosa affidatagli è parametrata sulla *custodia* tecnica, onde costoro sono tenuti anche qualora la *res* venga clandestinamente sottratta, e possono perciò esperire l'*actio furti* contro il ladro (§ 18). Pure sul *nauta* (trasportatore marittimo) ricade una responsabilità che concede poche vie d'uscita: in ultima analisi, solo caso fortuito o forza maggiore. Per una norma ereditata dagli usi greci del mare – le fonti la riferiscono a una *lex Rhodia*, della cui storicità però c'è chi dubita – se parte delle merci trasportate sono state gettate a mo' di zavorra per evitare che la nave affondi, la perdita così subita si ripartisce fra tutti i proprietari dei beni imbarcati; onde il vettore risponderà nei confronti dei mittenti che hanno perduto le merci per il valore delle stesse, ma sarà legittimato a agire contro i titolari di quelle salvate al fine di conseguire la loro contribuzione.

[fabbricazione degli anelli d'oro] Si discuteva nella giurisprudenza del principato se la *conventio* con un orefice che lo impegnava, dietro corrispettivo, a fabbricare con oro proprio anelli di un certo peso e di una determinata foggia integrasse compra-

vendita o locazione-conduzione: si finì con l'optare per l'*emptio venditio*, opinione poi condivisa da Giustiniano (I. 3.24.4): in caso, invece, di oro fornito dal committente, era sempre stato pacifico che si trattasse di locazione-conduzione.

[estinzione] La morte del conduttore estingue il rapporto.

[c) *locatio conductio operarum*] Nella c.d. *locatio conductio operarum*, il locatore deve prestare il lavoro promesso per tutto il periodo stabilito. Come già spiegato, si presuppone un soggetto libero: se si tratta di uno schiavo, è la sua stessa persona oggetto di locazione da parte del *dominus* (*locatio conductio rei*) e l'adibizione a una precisa attività e non ad altre concreta solo la direzione impressa all'uso della cosa.

[estinzione] La morte del locatore estingue il rapporto.

12. Cont.: la società

[nozione] Si tratta del contratto consensuale, generatore di obbligazioni omogenee, con cui due o più soggetti, in vista della realizzazione di un vantaggio patrimoniale comune, si vincolano a conferire beni o energie, nonché a ripartire tra loro utili e perdite secondo i canoni concordati.

[bilateralità (plurilateralità)] Il contratto è bilaterale (o plurilaterale, se i soci sono più di due), anche se da parte di taluni studiosi si fa notare come tale carattere non si concreti tanto nella corrispettività delle prestazioni – propria della compravendita e della locazione-conduzione –, quanto piuttosto nel loro convergere unidirezionale verso un fine comune. Va però anche sottolineata la profonda incidenza causale, con riguardo al sacrificio che ogni socio sopporta, dell'analogo sacrificio che si sobbarcano gli altri contraenti.

[origine] Gaio (3.154a) individua il precedente storico della società di cui ci stiamo occupando, propria del *ius gentium*, nell'antico *consortium ercto non cito*, già esaminato a proposito della comproprietà (cap. V § 9). In effetti quest'ultima comunione tra coeredi realizzava in età risalente la medesima funzione, implicante vita integralmente compartecipata sotto il profilo patrimoniale, svolta in seguito dalla *societas omnium bonorum* (società di tutti i beni).

Come pure si ricorderà, da una certa fase in poi, il *consortium ercto non cito* poté essere stretto anche da estranei, mediante una *legis actio* esperita davanti al pretore. Ciò costituisce forse un importante anello di catena, che si aggancia alla società consensuale di tutti i beni, ove pure l'accordo dei soci non si limita, in negativo, a conservare intatto l'esistente – ossia a mantenere nella sua integrità il compendio ereditario già appartenuto al *pater familias* –, ma, con il conferimento in comune di beni prima separati, determina una realtà patrimoniale dai contorni nuovi. Si tratta, giova ribadirlo, di una mera ipotesi, in grado tuttavia di tracciare con alcuni riscontri logici quel cammino a cui Gaio, dal canto suo, si limita ad alludere.

Comunque sia, il rapporto consensuale di *societas*, praticabile da romani e stranieri, che dà luogo a tutela di ognuno dei compartecipi all'*actio pro socio*, è già operativo nel II secolo a.C. e convive, sia pure per un lasso di tempo da presumersi abbastanza breve, con il *consortium* che ne incarna il probabile archetipo.

[consenso] A proposito del consenso, sembra in definitiva innegabile che esso nel contratto in parola rivesta alcune valenze particolari, quantunque non sia sempre possibile identificarne i precisi connotati. In primo luogo, si sottolinea nelle fonti la necessità del suo perdurare affinché la società si mantenga in vita: un consenso continuativo, dunque, il cui venir meno, anche da parte di un solo socio qualora essi siano più di due, estingue il rapporto. In realtà, l'immagine di una siffatta perseveranza di volontà non dev'essere presa troppo alla lettera, tuttavia si mostra funzionale a fissare la regola che il recesso unilaterale è sempre possibile e sortisce in ogni caso l'effetto di sciogliere la *societas*, indipendentemente dal numero dei soggetti che ne fanno parte.

[assenza di personalità giuridica] Caratteristica della *societas* consensuale romana – a differenza di quanto si riscontra nelle associazioni – è l'assenza di personalità giuridica, da cui consegue l'irrilevanza esterna del rapporto sociale: non si può parlare di crediti e debiti della società, ma soltanto di crediti e debiti dei singoli soci. Dunque, salvo il ricorrere di particolari circostanze – come la preposizione institoria o esercitoria (cap. II § 2) –, il terzo che ha contratto con un socio, sia o no al corrente del vincolo che lega quest'ultimo, non ha azione che contro di lui. Il giureconsulto Ulpiano (D. 17.2.20) scolpisce in modo efficace un simile principio: *socii mei socius meus socius non est* (“il socio del mio socio non è mio socio”), egli spiega, riferendosi al caso, di particolare evidenza esemplificativa, di un soggetto che stringe una società con Tizio e una, diversa, con Caio, con la conseguenza che Tizio e Caio non risultano soci tra loro. Dalle eccezioni, peraltro controverse, alla regola generale in commento possiamo in questa sede prescindere.

[tipi di società] La società conosce due tipi fondamentali: uno universale, di cui si è detto, la *societas omnium bonorum*, ove i compartecipi conferiscono tutte le loro sostanze e ove in seguito entrano tutti gli acquisti a qualunque titolo conseguiti; l'altro particolare, la *societas unius alicuius negotii* (società per un determinato affare), caratterizzata da quote sociali in cose o attività specifiche e tesa al raggiungimento di un fine utile ai soci altrettanto enucleato. Esso, a sua volta, può rivestire natura commerciale – ad esempio, compravendita di schiavi – o mirare a vantaggi – sempre patrimoniali – di altro genere, come il risparmio di spesa nella costruzione di una comune casa abitativa. Caratteri un po' dell'una un po' dell'altra presenta la *societas universalis quaestus* (società di tutto il guadagno), la quale assorbe ogni utile derivante da attività economiche, ma non le risorse di fortuna (lasciti a causa di morte, donazioni), che restano quindi appannaggio esclusivo del beneficiario.

Dobbiamo ora occuparci, sia pure in breve, della ripartizione dei profitti e delle perdite; della responsabilità del socio; e, infine, delle cause di estinzione della società.

[ripartizione di profitti e perdite] Quanto al primo punto, ci si regola in conformità dell'accordo sociale: non è detto che quella della partecipazione ai guadagni segni anche la misura della partecipazione alle perdite. In argomento mise una parola definitiva nel senso indicato il giurista repubblicano Servio Sulpicio, il quale ritenne pure ammissibile la società ove taluno condividesse i guadagni ma fosse esentato dalle perdite: è il caso del socio d'opera, a cui, per l'importanza dell'attività svolta,

non si ritenga di accollare anche un esborso in denaro oltre al mancato riscontro dell'impegno profuso. Non risulta invece approvata la società in cui c'è chi partecipa solo al passivo senza beneficiare del lucro (è la c.d. *societas leonina* [società del leone], dalla celebre favola di Fedro, in cui la fiera, costituito un sodalizio di caccia con tre animali domestici, si appropria alla fine dell'intera preda). Se sono stabilite le parti nel lucro ma non anche nel danno, queste sono rapportate a quelle, e viceversa. Se nulla si è fissato, la divisione si fa in quote eguali.

[responsabilità del socio] La questione relativa alla responsabilità del socio si presenta molto ardua e probabilmente insuscettibile di soluzioni unitarie. Per lungo tempo si è ritenuto in dottrina che tale responsabilità in diritto classico si incardinasse esclusivamente sul dolo, come esatto contrario della buona fede implicata dal rapporto sociale, e che solo in età giustinianea si sarebbe introdotto il criterio della *culpa* – precisamente della *culpa in concreto*, parametrata sulla diligenza che si è soliti adibire nelle proprie cose –, con conseguente interpolazione di vari testi giurisprudenziali accolti nel Digesto.

Una simile rigida impostazione appare oggi superata, e la maggior parte dei giuristi romani è propensa a credere che già in epoca classica la colpa abbia contribuito a delineare il quadro della responsabilità del socio. Siamo però di fronte, in molti casi, alla colpa in astratto, immagine in negativo della diligenza dell'uomo medio (§ 4).

A quanto è dato evincere dalle fonti, un ruolo rilevante fu giocato nel nostro ambito dal giurista Giuvenzio Celso, il quale fissò il principio per cui, allorché era presupposta nel socio d'opera una specifica competenza tecnica, egli era tenuto non soltanto per dolo ma anche per colpa (D. 17.2.52.2, di Ulpiano). Non è anzi da escludere che proprio la presenza di quel tipo di socio d'opera, il valore del cui conferimento dipende dal grado di abilità professionale, si sia posta come testa di ponte per il più generale allargamento della responsabilità dall'originario livello del dolo a quello della colpa. Infine, il criterio della *culpa in concreto*, pure presente in alcune impostazioni classiche, è dai compilatori giustinianeî ritenuto funzionale a rendersi una sorta di denominatore comune, onde le Istituzioni imperiali (3.25.9) possono affermare che “la colpa [del socio] non va rapportata all'esattissima diligenza: basta infatti che il socio nelle cose comuni adibisca quella diligenza che è solito mettere nelle cose proprie. Infatti chi si sceglie un socio poco diligente deve prendersela con se stesso”. Va di nuovo notato (§ 4) che tale criterio è tendenzialmente riduttivo del grado di colpa: sembra difficile credere che un socio, diligentissimo negli affari personali, possa essere tenuto in quanto non più che diligente in quelli societari.

[estinzione] La società infine si estingue, con riferimento a un piano oggettivo, per lo scadere del termine, qualora apposto; per il conseguimento del fine a cui tendeva, o per l'acclarata impossibilità di raggiungerlo. Sotto il profilo soggettivo, sciolgono la società, anche con riguardo a un solo socio: recesso unilaterale, morte (dall'epoca tardoclassica è tuttavia valido il patto iniziale di non scioglimento, se resti la maggioranza dei soci), *capitis deminutiones* maggiori, confisca o vendita in blocco dei beni (salvo talune eccezioni), esperimento dell'*actio pro socio*. Trattandosi di *societas omnium bonorum*, il recesso doloso – teso, ad esempio, a godere in esclusiva di una

successione ereditaria – estingue la società, ma obbliga il recedente a rendere partecipi gli ex soci del lucro conseguito, senza per contro ammetterlo agli utili pervenuti a costoro dopo la sua rinuncia.

13. Cont.: il mandato

[nozione] Mandato è il contratto con cui su incarico di una delle parti (il mandante), l'altra (il mandatario) si obbliga a fare gratuitamente qualche cosa.

[oggetto] Abbiamo detto, con espressione generica, “fare qualche cosa”, volendo alludere in modo al tempo stesso generico e corretto alla grande varietà dei possibili oggetti del mandato. Se è vero infatti che di solito si tratta del compimento di atti giuridici, ciò non toglie che anche, ad esempio, lavare o rammendare un abito, alzare un muro, scavare una fossa, e così via, concretino attività riconducibili all'ambito del nostro contratto.

[gratuità] Alla gratuità si è già accennato: essa comporta la conseguenza che la previsione di un compenso pecuniario chiamerebbe in causa la locazione-conduzione, quella di un corrispettivo di altra natura rubricherebbe il contratto come sinalagma innominato (§ 14).

[bilateralità imperfetta] Qualche parola, ora, sulla bilateralità imperfetta. Come già si è avuto modo di constatare, il mandato è, tra i contratti consensuali, l'unico che non può qualificarsi a prestazioni corrispettive, e questo è forse il motivo per cui nel celebre testo di Labeone (in Ulpiano: D. 50.16.19 [§ 6]) ove si esemplificano “i modelli del *contractus*”, figurano gli altri tre, ma non questo. In effetti, esso di regola produce obbligazioni in capo al mandatario, il quale deve eseguire l'incarico e trasmettere al mandante il risultato conseguito, mentre eventuali sono gli obblighi per quest'ultimo di rifondere le spese e risarcire i danni implicati dall'opera affidata.

Ciò premesso, può dunque destare meraviglia che nelle fonti si trovi scritto – alludendosi con “io” al mandante, con “tu” al mandatario – che “l'uno verso l'altro saremo tenuti per ciò che sia io a te, sia tu a me, debba prestare secondo buona fede” (Gai. 3.155; analogamente D. 44.7.5 pr., ancora di Gaio).

Il dato è invero spiegabile ove si ponga in mente che le obbligazioni del mandante sono sì concettualmente eventuali ma sul piano statistico è raro che non ricorranno, stante il fatto che chi compie un negozio giuridico per conto di un altro, di solito muove denaro, effettua esborsi, deve magari spostarsi da un luogo a un altro; e anche chi si accolla opere materiali o presta servizi – pur non remunerato per la sua fatica fisica – dovrà tuttavia essere tenuto indenne per i danni sofferti. Onde la bidirezionalità del vincolo obbligatorio è il fondo della norma, e le due azioni, di buona fede, che nascono dal rapporto – l'*actio mandati directa* e l'*actio mandati contraria* – sono spesso, nella pratica, le due facce di un'unica medaglia, ed esperite in forma contestuale aprono una facile via alla compensazione (§ 25).

[mandato e gestione spontanea] In un passo, citato poco sopra, delle *Res cottidianae* (D. 44.7.5 pr.) si fa un preciso raffronto tra mandato e gestione di affari altrui (*negotiorum gestio* [§ 16]), riconoscendo, da un lato, l'elemento comune alle due figure,

che consiste nell'attività gestoria posta in essere dal non titolare, e fissando al contempo il dato distintivo nella considerazione che, a differenza di quanto avviene nella *negotiorum gestio* – caratterizzata dalla spontaneità dell'intrapresa –, nel mandato si opera dietro incarico. Tuttavia, procedendo a ritroso nel tempo, una sorta di punto di incontro tra le due figure può essere individuato nel *procurator omnium bonorum* (amministratore generale): questi per lo più riceveva investitura non in forza di un contratto ma in seguito a un atto unilaterale del *dominus*, onde il rapporto era tutelato dall'*actio negotiorum gestorum* (azione di gestione di affari [altrui]). In seguito fu riconosciuta la possibilità di conferire un mandato avente ad oggetto la cura di tutti i propri affari, e, sulla base di un tale presupposto, si ammise l'esperibilità dell'*actio mandati*.

[rappresentanza indiretta] Si è spiegato in altro luogo (cap. IV § 1) che il mandatario (che non sia amministratore generale) non opera nel campo della rappresentanza diretta: come acquista a sé, così obbliga sempre se medesimo. In forza del vincolo contrattuale è poi tenuto a trasferire le situazioni giuridiche soggettive conseguite in capo a chi gli diede l'incarico: il quale – stante la premessa di un mandato eseguito in modo conforme alle direttive – è, dal canto suo, tenuto ad assumerle nella propria sfera.

Una particolare problematica è sottesa all'interesse che determina la conclusione del contratto, e che può essere del mandante (ad esempio, Tizio incarica Caio di comprargli un fondo), o di un terzo (ad esempio, Tizio incarica Caio di comprare un fondo a Sempronio): all'uno o all'altro interesse, per così dire primari, può pure aggiungersi anche quello del mandatario, che non deve tuttavia porsi come esclusivo: il c.d. *mandatum tua gratia* (ad esempio, incarico a Tizio di comprarsi un fondo) è visto dai giuristi come mero consiglio, inidoneo a generare obbligazioni (sul mandato di credito vedi § 23).

[eccesso dai limiti] Posto che il mandatario ha l'obbligo di eseguire l'incarico con diligenza – essendo tenuto non solo per dolo ma anche per colpa –, egli, per ciò stesso, non può permettersi di esorbitare dai limiti del mandato: così se Tizio incarica Caio di comprargli un fondo per cento e questi lo acquista a centocinquanta, Tizio, se lo desidera, può avere il fondo rimborsando cento a Caio; ma Caio non ha mezzo, in caso contrario, per costringere il mandante ad assumersi l'esito dell'operazione, sia pure a cento. Questa, almeno, la più rigorosa teoria sabiniana: in seguito tuttavia prevalse quella, più equa, della scuola opposta, che vincolava il mandante entro i limiti della somma minore.

[estinzione] Trattandosi di un negozio fondato sul rapporto fiduciario fra due persone, il mandato, a esecuzione non ancora intrapresa, si estingue per la revoca del mandante o per la rinuncia del mandatario. Si estingue altresì, e per la medesima ragione, in caso di morte di uno dei contraenti: ha però azione (contraria) di mandato colui che in buona fede, ossia ignorando la morte dell'altra parte, abbia portato a compimento l'incarico in conformità dello stesso. Nella direzione indicata, sono equiparate alla morte le due *capitis deminutiones* maggiori.

14. I contratti innominati

[connessione con la tipicità] Della tipicità contrattuale abbiamo avuto occasione di occuparci in un precedente paragrafo (§ 6), ove si è pure prospettato un tentativo di interpretazione del fenomeno non prevalentemente in chiave limitatrice rispetto alla libertà negoziale riconoscibile ai privati. A nostro avviso, anche il discorso relativo ai contratti innominati può inserirsi sulla medesima falsariga, in quanto indice di un dogma non del tutto imperforabile e caratterizzato, a sua volta, da un evidente grado di adattabilità.

[nozione generale] Con l'espressione "contratti innominati" si indica una categoria di *conventiones* contemplanti una corrispettività di prestazioni – onde si parla anche di convenzioni sinallagmatiche – che non rientrano nelle tipologie riconosciute e codificate dall'ordinamento giuridico, ma che ciò nonostante sono protette – vedremo poi in che senso e entro quali limiti – mediante la concessione di *actiones*.

[caratteri dell'anonimia] Esse dai giuristi bizantini, sulla scorta di un celebre passo ulpiano (D. 2.14.7.1, su cui oltre) sono stati chiamati "*anónyma synallágmata*". Va però precisato che l'aggettivo "anonimi" non deve essere inteso tanto nel significato letterale, perché a ben guardare taluni di essi un nome lo hanno, quanto piuttosto nella direzione della loro estraneità al novero, al "catalogo" dei contratti tipici: quelli, per intenderci, che – salvo qualche aggiunta da noi operata a dichiarati fini sistemici – abbiamo considerato nei §§ da 7 a 13 del presente capitolo.

[presupposti e struttura] In taluni casi, in cui l'accordo delle parti verteva su uno scambio di prestazioni in cui ciascuna delle parti trovava nell'altra la propria motivazione causale e che non davano luogo a uno dei contratti tipici, la riflessione giurisprudenziale non ritenne consono al rispetto di quanto pattuito e alla tutela dell'affidamento che, essendosi eseguita da uno dei pascenti la prestazione da lui promessa – o comunque avendola egli eseguita nel momento stesso in cui veniva posta in correlazione causale con quella che si aspettava di ricevere –, chi aveva compiuto quanto si era accollato dovesse rimanere sfornito di *actio* tendente all'adempimento promessogli dalla parte che del suo bene o servizio si era giovata.

Qui tuttavia, al fine di evitare errori di prospettiva, occorre precisare ulteriormente i presupposti che stanno alla base di queste significative determinazioni della giurisprudenza.

In primo luogo, abbiamo detto, deve trattarsi di *conventiones* aventi ad oggetto uno scambio di prestazioni: siano esse di *dare* o di *facere*, e indipendentemente dal fatto che siano o no omogenee (ad esempio, può verificarsi anche il caso di un *dare* contro un *facere*, e viceversa).

In secondo luogo – il dato è importante – una delle prestazioni dev'essere stata eseguita: solo a questa condizione il diritto è mosso a intervenire nel senso di fornire un mezzo per l'adempimento a chi tale prestazione ha eseguito. Se nessuna prestazione è intercorsa, non vi è modo da parte di uno qualsiasi dei contraenti, che pur si dichiara pronto a dare o fare quel che promise, di ottenere che l'altro dio o faccia quel che gli compete. Si tratta, lo ripetiamo, di un presupposto imprescindibile: d'altra parte è, questo, il prezzo da pagarsi alla tipicità, la quale altrimenti sareb-

be priva di riscontro concreto.

[natura della difesa] Infine, va pure sottolineato, stiamo parlando di azione per l'adempimento, non di azione per la restituzione, o comunque per la reintegrazione. La *condictio ob rem dati re non secuta*, ossia l'azione per ripetere quanto corrisposto in base a una causa poi non realizzatasi, era concessa da tempo all'autore della prestazione solitaria, ma in tale ambito non può ravvisarsi tutela contrattuale in senso proprio. La stessa può invece individuarsi allorché chi ha eseguito quanto promesso può ottenere che l'altro faccia altrettanto: e proprio su questa azione è incentrato il presente discorso.

Ovviamente la *condictio ob rem dati*, appunto perché presuppone un *datum*, non era esperibile nel caso in cui la prestazione eseguita si fosse concretata in un *facere*: soccorreva però l'*actio doli*, la quale peraltro, come la *condictio*, tendeva al risarcimento del danno (cap. IV § 3), non alla realizzazione positiva della *contentio*.

Lungo la direttrice dell'evoluzione giuridica si compie dunque un passo molto importante, perché la valenza sociale insita nella sinallagmaticità delle prestazioni convenute, unita al dato che una delle due ha avuto riscontro concreto, finisce col superare lo stesso confine della tipicità aprendo una breccia non casuale né isolata. Si tratta, insomma, di un modo di riconoscere alla libertà delle parti che – fuori da un meccanismo stipulatorio incrociato e condizionato – si è orientata consensualmente verso uno scambio di prestazioni, un effetto concreto analogo a quello che sortirebbe nel caso in cui le parti stesse si fossero affidate a un contratto tipico. Ciò però è possibile solo facendo leva sulla fedeltà, verificabile, di uno dei pascenti alla propria promessa. In questa direzione si spiega anche perché le *conventiones* sinallagmatiche di cui stiamo parlando siano assimilabili sotto un aspetto evidente ai contratti reali, di cui ci siamo occupati più indietro. È, per intenderci, un parallelismo di fondo, che non deve essere inteso in modo rigoroso (mutuo, comodato, deposito e pegno, presuppongono sempre una *datio*, mai un *facere*): risulta tuttavia significativo che nell'uno come nell'altro ambito l'*obligatio* sorge in seguito a una attività concreta di cui un soggetto si giova, richiedendosi quindi qualcosa di più tangibile rispetto a un mero consenso.

Si tratta, inoltre, di un risultato alquanto sofferto, di cui tra l'altro è difficile per l'interprete moderno individuare con sufficiente certezza sia l'originaria ammissione sia il più immediato sviluppo.

[origine] Quanto alla prima radice della tutela contrattuale riconosciuta a queste convenzioni sinallagmatiche, essa è in buona misura da individuarsi nel pensiero di alcuni giuristi medioclassici, della cui opera il Digesto ci ha consegnato soprattutto citazioni negli scritti di altri autori più tardi.

In particolare, il già menzionato passo di Ulpiano in D. 2.14.7.1 e 2 ci fa capire che Aristone e Mauriciano consideravano degne di difesa quelle situazioni caratterizzate dalla contemporanea presenza dei presupposti indicati poco più in alto.

Lo stesso Ulpiano non si limita a riportare pareri altrui ma, almeno su un punto, prende chiaramente posizione. Il giurista severiano prospetta il caso che segue. Tizio ha dato uno schiavo a Caio perché egli ne manometta uno proprio: Caio opera la manumissione, ma il servo trasferito da Tizio viene evitto. In una simile evenienza,

dice Ulpiano, Giuliano riteneva che il pretore dovesse concedere un'*actio in factum*, mentre Mauriciano, in critica all'insigne giureconsulto, sosteneva che da ciò nascesse un'*actio civilis incerti*. L'autore del passo afferma di condividere l'impostazione di Mauriciano, dimostrando così che nei primi decenni del III secolo d.C. vi erano certamente convenzioni sinallagmatiche protette con azione civile, e quindi veri e propri contratti atipici. Come si è accennato in precedenza, la via additata da Aristone e Mauriciano si rivelerà tutt'altro che un binario morto, ed è anzi da ritenersi che essa abbia conosciuto significativi sviluppi nella fase finale dell'età classica. A parte l'adesione alla tesi di Mauriciano, è da segnalarsi in proposito una sintomatica considerazione ulpiana, particolarmente enucleata dai redattori delle Pandette (19.5.4), ove si prende – diremmo “serenamente” – atto che è naturale che ci siano più negozi che vocaboli per designarli.

[apporto dei giuristi bizantini] Tuttavia, mette conto ribadirlo, la denominazione “contratti innominati” è bizantina, così come tutto sommato di identica matrice sembra pure lo schema combinatorio delle prestazioni corrispettive che figura in un passo che il Digesto ci ha restituito sotto il nome di Paolo (D. 19.5.5. pr.), e in cui – come peraltro si vide – si specifica che lo scambio può consistere in un *dare* contro un *dare*, in un *dare* contro un *facere*, in un *facere* contro un *dare*, in un *facere* contro un *facere*. Né si deve pensare che il secondo e il terzo rapporto integrino un mero doppione, perché in essi si focalizza diversamente la prestazione eseguita per prima che dà titolo a esperire l'azione tesa all'adempimento corrispettivo.

[actio praescriptis verbis] Tale azione – che peraltro non elimina la possibilità di chiedere la ripetizione con la *condictio*, mentre, una volta ammessa in modo relativamente stabile, elimina l'*actio doli* per via della sussidiarietà di questa – è chiamata, con nome probabilmente classico, *actio praescriptis verbis* (azione con premessa di parole). In un primo tempo, più che di rimedio a sé stante, doveva peraltro trattarsi di un modo di procedere: di un *agere praescriptis verbis*, cioè con premessa che descrive in radice il caso in oggetto, con meccanismo simile alla *praescriptio* che conosciamo (cap. III § 8) ma non tesa a limitare l'oggetto del contendere, bensì, come si diceva, a spiegare il fatto, a guisa di una più ampia *demonstratio*. Successivamente, dall'*agere praescriptis verbis* si enuclea l'*actio praescriptis verbis*, cioè azione individuata sia pure di carattere generale, ricorrendo essa quando non ci si può giovare di un rimedio tipico.

[principali contratti innominati: permuta] Tra i c.d. contratti innominati si è rilevato che in realtà alcuni hanno un nome. In primo luogo bisogna ricordare la permuta (*permutatio*), scambio di cosa contro cosa, che, dopo il tentativo sabiniano di farla confluire nell'orbita della compravendita (§ 10), ha dato luogo a una figura a sé stante di *do ut des*, ossia di un *dare* finalizzato a un *dare* di direzione opposta.

[contratto estimatorio] Un nome ha pure l'*aestimatum*, contratto in forza del quale un soggetto consegna a un altro una cosa stimata per un certo valore perché quest'ultimo gli corrisponda analoga somma di denaro o, se non riesce a venderla, gli restituisca la cosa stessa.

Come la permuta ha un'evidente familiarità con la compravendita, così l'*aestimatum* non è molto dissimile da un mandato a vendere, o magari con oggetto alternati-

vo condizionato (vendere o, in subordine, restituire).

[transazione] Entra inoltre in rilievo la transazione (*transactio*), la quale nel diritto giustiniano si configura come un contratto – a forma rigorosamente scritta – con cui le parti, facendosi concessioni reciproche, pongono termine a una controversia o eliminano la possibilità che la stessa sorga. In età classica, più che a un negozio a sé stante, ci si trovava di fronte a una causa negoziale che caratterizzava finalisticamente le attribuzioni traslative operate dalle parti con *mancipatio*, in *iure cessio* o *traditio*; ovvero le obbligazioni dalle medesime assunte mediante *stipulatio*; ovvero ancora le rimessioni di debiti, in genere tramite *acceptilatio* o *pactum de non petendo* (§ 25). In questo senso – ma solo in questo, si badi – l'evoluzione della *transactio* presenta un filo conduttore non dissimile rispetto a quello della donazione (cap. VII § 12).

Gli accennati negozi con una propria denominazione, insieme con gli accordi sinallagmatici che dal canto loro un nome non l'hanno mai avuto, nel tardo diritto romano sono difesi dall'*actio praescriptis verbis*; la quale peraltro, generalizzandosi nella guisa già indicata, finisce col porsi a tutela anche di rapporti in cui il dato del sinallagma è ormai del tutto assente, come il precario (cap. V § 14).

15. I patti

[nozione] *Pacta* (o *pactiones*, o *conventiones*) in senso proprio sono detti nelle fonti quegli accordi che non danno luogo a una figura contrattuale, ma che, a seconda del momento in cui vengono stretti, incidono sulle modalità del vincolo al quale un contratto tipico sta per dare vita o che lo stesso ha in precedenza generato.

[efficacia] I patti sono inidonei a produrre autonomamente un'azione: essi risultano soltanto fonti di un'*exceptio*. Possono pure tuttavia, come già altrove si è visto (§ 6), modellare con duttilità il contenuto di un'*actio* contrattuale – che quindi, giova ribadirlo, trova nel *contractus* la sua origine – in funzione di un assetto più aderente in concreto alla volontà delle parti rispetto a quello offerto *a priori* dal negozio obbligatorio tipico.

Benché, come precisato, cosa diversa dai contratti, i *pacta* appartengono nondimeno alla categoria contrattuale in senso lato, che nell'accordo delle parti trova il suo dato fondante e per ciò stesso un immediato denominatore comune: lo si evince con chiarezza da parecchi testi, tra cui particolarmente significativo appare il rescritto diocleziano del 293 d.C. in C. 2.3.20: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (“I diritti di proprietà sulle cose si trasferiscono con le *traditiones* e le usucapioni, non con i nudi patti”); in cui si fissa la contrapposizione fra gli atti giuridici traslativi e gli accordi obbligatori in generale, siano questi ultimi contratti tipici, contratti innominati, o, per l'appunto, semplici patti.

Peraltro né questa accezione ampia del termine né quella, ristretta, che interessa nel presente paragrafo e che abbiamo esplicitato all'inizio, possono dirsi originarie.

[pacere (pacisci) nelle XII tavole] In antico i verbi *pàcere* o *pacisci*, di cui è ricordo anche in due luoghi della legge delle XII tavole (I.6-7; VIII.2: vedi rispettivamente cap.

III § 2; cap. VI § 21) alludevano, come peraltro rivela la corrispondenza semantica con il sostantivo *pax-pacis* (pace), alla situazione, che potremmo chiamare effettuale, di “avere fatto pace”, ossia di avere in tal modo posto fine a una contesa mediante una conciliazione transattiva, oppure di avere così evitato il contrappasso (*talio*) ad opera del soggetto offeso dall'*iniuria*. Si prescinde dunque dal modo in cui tale “pace” fu ottenuta sul piano tecnico-giuridico: ad esempio, l'offensore potrà aver promesso per stipulazione una somma di denaro alla vittima, e allora l'*obligatio* sorgerà dalla stipulazione stessa. Ciò che *pacere* e *pacisci* intendono significare è soltanto una avvenuta contrapposizione che demotiva (e delegittima) la trattazione in giudizio della controversia (XII tab. I.6-7) o la speculare reazione dell'offeso (XII tab. VIII.2).

Ritorniamo ora ai *pacta* che costituiscono l'argomento dell'attuale trattazione.

[editto sui patti] Essi sono convenzioni prive di forma, permeate dall'elemento della *fides*: proprio in virtù di questa, il pretore propone un *edictum de pactis* (editto sui patti), che fonda il loro riconoscimento sul piano del diritto onorario, stante l'impegno a farli mantenere che, nell'albo, si assume non senza solennità il magistrato: *pacta conventa... servabo* (“riconoscerò i patti conclusi d'accordo fra le parti” [D. 2.14.7.7, di Ulpiano]).

[tipologie di patti:] Fondamentale, ai fini della rilevanza dei *pacta*, è la natura del contratto a cui accedono – se sia di buona fede o di stretto diritto –, nonché il momento in cui gli stessi sono conclusi – se *in continenti*, ossia contestualmente al *contractus*, o se *ex intervallo*, cioè in tempo successivo.

[patti aggiunti a contratti di buona fede: a) in continenti] Come abbiamo più volte spiegato, i patti aggiunti *in continenti* ai contratti di buona fede valgono a plasmare lo stesso contenuto e sono tutelati dalla medesima *actio* contrattuale specifica. Se, ad esempio, concludendosi un contratto di deposito, si pattuisce che il depositario risponda anche per colpa, qualora la cosa sia perita a motivo della sua negligenza, egli potrà essere convenuto con l'*actio depositi (directa)*: questo non sarebbe stato possibile senza il *pactum*, perché, come sappiamo, la responsabilità del depositario non va di regola oltre il dolo (o la *culpa lata*: §§ 4 e 7). Il patto, dunque, non ha dato vita a un'azione, ma ha modellato in conformità del proprio tenore il presupposto di esperibilità di quella tipica, ponendosi per ciò stesso come valido strumento al servizio dell'autonomia negoziale. Sempre se aggiunti *in continenti* a contratti di buona fede, i patti possono porsi sia a favore del creditore sia a favore del debitore: un esempio del primo tipo è stato proposto poco sopra, quanto al secondo, si pensi alla limitazione pattizia della responsabilità del comodatario al solo livello del dolo.

[b) ex intervallo] Il *pactum ex intervallo* ricollegato a un contratto di buona fede è accordo distinto da quest'ultimo e può giovare esclusivamente al debitore: stante la premessa generale sull'efficacia dei *pacta*, la conseguenza è inevitabile, avendosi altrimenti un patto autonomo generatore di azione. Esso quindi può dare luogo soltanto a una *exceptio*.

[patti aggiunti a contratti di stretto diritto] Veniamo ora ai contratti di stretto diritto, come la stipulazione. La natura di tali negozi impedisce quella sorta di fusione tra *contractus* e *pactum* riscontrabile nell'area contrattuale considerata in preceden-

za: dunque il patto è sempre distinto e a sé stante. Richiamando anche qui la premessa di fondo, si dovrà concludere che i *pacta* connessi a contratti *stricti iuris*, siano contestuali (*in continenti*) siano successivi (*ex intervallo*), possono porsi solo a vantaggio del debitore, e la loro tutela riposa sempre perciò su una *exceptio*. Si pensi alla stipulazione di dare cento accompagnata, o seguita, dal patto di non esigere il denaro prima che sia passato un mese: qualora il creditore agisca anteriormente alla scadenza si vedrà opposta l'eccezione di patto (*exceptio pacti*). Da quanto esposto consegue che, aggiunto a un contratto di stretto diritto, il *pactum* non può ricevere tutela civile, ma soltanto pretoria.

[regime postclassico] In età postclassica il quadro fin qui descritto perde nitidità di contorni. Giocano un ruolo importante sia la fusione progressiva tra diritto civile e diritto onorario; sia la tendenza a un uso terminologico e una stessa schematizzazione concettuale sempre meno rigorosi; sia, infine, la deformalizzazione della *stipulatio* (§ 8), che la riduce a una sorta di contratto consensuale, per taluni aspetti non dissimile dai *pacta*.

[patti pretori e patti legittimi] Sono ora chiamati con tale ultimo nome anche tipi di *conventiones* già tutelate dal pretore con *actiones in factum*, e che, non fondate su cause idonee a una loro sussunzione nell'ambito dei contratti, sono sempre rimaste al di fuori della sfera civilistica (c.d. patti pretori); nonché accordi a cui costituzioni imperiali hanno attribuito difesa mediante azione. Anch'essi sono sempre stati distinti dai contratti, ma il fatto che fossero presidiati da azioni, stavolta di diritto civile (nuovo) è apparso fin dall'inizio indubitabile (c.d. patti legittimi). Degli uni e degli altri forniremo tra poco, a chiusura del paragrafo, una rapida rassegna.

[patto e stipulazione deformalizzata] Per quanto concerne il problema, di grande rilievo storico-dogmatico, connesso all'evoluzione della *stipulatio* qui ricordata, si può tuttavia affermare che la sua integrale ammissibilità al *pactum* classico non sembra ravvisabile per due ordini di motivi: uno formale, l'altro di sostanza.

Benché spogliata di ogni traccia di solennità, la stipulazione richiede pur tuttavia la contestuale presenza delle parti; non così il patto, che si può concludere anche fra assenti, per lettera o tramite messaggero.

Inoltre la *stipulatio*, considerata nella sua individualità concreta, presuppone una causa idonea a generare una obbligazione, e quest'ultimo rimane il suo fine strutturale; di cui, invece, il *pactum* non necessariamente partecipa.

[patti pretori:] Qualche cenno ora sui c.d. patti pretori. Come già precisato, si tratta di accordi che, per la rilevanza che sono andati assumendo, ricevono tutela dal pretore mediante *actiones in factum*. In tal modo essi presentano una configurazione sostanziale assimilabile a quella dei contratti, anche se formalmente restano esclusi sia dal novero dei rapporti obbligatori tipici, sia – per il mancato presupposto di una prestazione eseguita – dalla cerchia delle *conventiones* sinallagmatiche (§ 14).

[constitutum debiti proprii] Con il *constitutum debiti proprii* (conferma, asseveramento di un debito proprio) il soggetto passivo di una obbligazione, di solito un mutuatario, assicura pattiziamente il creditore che il debito sarà pagato entro il termine che si stabilisce nella circostanza; **[constitutum debiti alieni]** con il *constitutum debiti alieni* (conferma, asseveramento di un debito altrui) è un terzo a impegnarsi in ordine alla

corresponsione al creditore del dovuto. In ambedue i casi si presuppone un precedente rapporto obbligatorio valido; il quale, nella prima ipotesi, viene rafforzato dalla promessa ulteriore più circostanziata, nella seconda, dall'adibizione di un garante (non sembra che il *constitutum debiti alieni* abbia rivestito funzioni delegatorie). Il creditore è difeso dall'*actio de pecunia constituta*.

Patti pretori sono anche i *recepta*, assunzioni di impegni o di responsabilità, che hanno, a seconda dei casi, protagonisti con qualifiche differenti. [***receptum argentarii***] Con il *receptum argentarii*, un banchiere assicura al creditore di un proprio cliente il pagamento di un debito gravante su quest'ultimo, facendosene carico di persona o procurando l'intervento di un terzo. Col medesimo strumento giuridico si può anche realizzare un'apertura di credito: il banchiere, in questo caso, garantisce con la propria solvibilità il mutuo che un terzo sta per concedere al proprio cliente; in questo senso il *receptum argentarii* è dotato di maggiore elasticità rispetto al *constitutum debiti alieni*, di cui peraltro appare una sottospecie, in quanto prescinde dall'esistenza attuale del debito. Giustiniano abolisce la figura giuridica in oggetto, trasferendone alcuni caratteri all'ambito del *constitutum debiti alieni*.

[***receptum nautarum* ecc.**] Con il *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum*, l'esercente una nave, un albergo o uno stallaggio si rende garante – in origine senza limiti, dall'inizio del principato con esclusione della forza maggiore – per danneggiamento o furto di cose poste da trasportati, ospiti o avventori nell'ambito logistico di sua competenza. Tale impegno, da ritenersi eventualmente anche tacito e connesso in via automatica alla tipologia del servizio reso dai soggetti di cui sopra, ribadisce – e per taluni aspetti aggrava – la più rigorosa responsabilità per *custodia* tecnica addossata a questi conduttori d'opera (§§ 11 e 22).

[***receptum arbitri***.] Con il *receptum arbitri*, il soggetto scelto di comune accordo dai contraenti per dirimere una controversia che li vede coinvolti si obbliga a pronunciare la decisione richiesta, al cui tenore le parti in lite si sono in precedenza vincolate mediante il *compromissum* (vedi poco sotto).

[**patti legittimi**.] Tra i *pacta legitima* – come già detto, accordi riconosciuti da costituzioni imperiali e da queste forniti di azione –, possiamo qui ricordare il *compromissum*, il *pactum dotis* e il *pactum donationis*. [***compromissum***] Col primo, lo ripetiamo, due o più litiganti si accordano per deferire a un arbitro la risoluzione di una vertenza, che si impegnano a rispettare. [**patto dotale**] Il patto dotale consiste nella convenzione informale di costituire la dote (c.d. *pollicitatio dotis*), precisata da un'*actio* in forza di una legge di Teodosio II (C.Th. 3.13.4, del 428; vedi cap. II § 11). [**patto di donazione**] Il patto di donazione, la cui tutela ha vaghi precedenti classici, si concretizza nell'impegno, accettato, di trasferire un bene a titolo di liberalità: esso fa nascere in capo al promittente l'obbligazione di compiere la *traditio*, e Giustiniano (C. 8.53[54].35.5, del 530; I. 2.7.2) chiarisce che, manifestata la volontà di donare, il negozio è già efficace (sulla *donatio* vedi cap. VII § 12). Tale *conventio* nel tardo diritto imperiale genera un'azione tesa a ottenere la *traditio* della cosa promessa.

16. I quasi contratti

[nozione generale] Come già abbiamo esposto più diffusamente trattando delle fonti delle obbligazioni (§ 5), sotto questo denominatore peraltro modellato a sostantivo dai giuristi bizantini – le fonti classiche e quelle giustinianee non parlano di “quasi contratti”, ma di “obbligazioni quasi da contratto” –, si ricomprendono nelle Istituzioni imperiali diversi fatti o atti giuridici idonei a generare obbligazioni, ma che, per l'assenza dell'elemento della consensualità divenuto nell'elaborazione giurisprudenziale matura il dato fondante del contratto, a quest'ultimo non risultano strutturalmente assimilabili.

Parimenti – anzi, a maggior ragione – la liceità che li caratterizza rende d'acchito improponibile una loro trattazione nell'orbita dei delitti.

[origine concettuale] Assente nella simmetria delle Istituzioni di Gaio – ma significative le riserve del giurista circa la possibilità di qualificare come *contractus* il pagamento dell'indebito –, la categoria dei quasi contratti affiora in forma embrionale all'interno delle *variae causarum figurae* di cui alle *Res cottidianae*, per poi trovare nel già citato manuale giustiniano la sua enucleata e definitiva nozione.

[tipi: a) gestione di affari altrui] Fra i quasi contratti, la gestione di affari altrui (*negotiorum gestio*) isola la figura di maggior rilievo, onde su di essa dovremo soffermarci un poco più a lungo.

Stando a quanto insegnano le Istituzioni di Giustiniano (3.27.1), il carattere qualificante della *negotiorum gestio* è da ravvisarsi nella spontaneità dell'assunzione gestoria: “Allorché uno ha gerito gli affari di un assente, sorgono tra loro reciprocamente delle azioni, che si dicono di gestione di affari: al titolare dell'affare gerito spetta contro chi gerì l'azione diretta, al gestore degli affari, invece, la contraria. Che esse non nascano propriamente da alcun contratto è evidente, poiché dette azioni nascono se uno senza aver ricevuto mandato si sia interposto a gerire affari altrui, per cui anche a loro insaputa sono obbligati coloro i cui affari sono stati geriti”. D'altro canto su analogo presupposto è incardinata l'attuale configurazione dell'istituto (art. 2028 c.c.).

Per quanto concerne però l'esperienza giuridica romana nel suo complesso, il problema si presenta più complicato da due ordini di fattori.

Il primo risiede nella possibilità, attestata in modo sicuro da fonti preclassiche nonché dell'età imperiale, di esperire l'*actio negotiorum gestorum (directa)* – ossia l'azione contro il gerente a tutela del gerito – nei confronti del *procurator omnium bonorum*, il quale non può dirsi certo un gestore spontaneo. Sembra anzi, di più, che per un periodo non breve quello descritto sia stato l'unico ambito applicativo di tale azione, escludendosi quindi il campo delle interposizioni gestorie non demandate o autorizzate dal titolare.

[difesa *in ius* e *in factum*] Il secondo nodo è rivelato dall'altrettanto documentata compresenza, a partire da una certa fase storica, di due azioni a difesa del rapporto: una *in ius* di buona fede, l'altra *in factum*. Quale, dunque, l'incidenza da attribuirsi alla combinazione dell'uno con l'altro dato nello sviluppo dell'istituto, sul presupposto dei punti, di partenza e di arrivo, enucleati poco sopra? La questione non è

tale da ammettere soluzioni univoche, tuttavia alcune linee possono essere tracciate con discreto grado di plausibilità.

Intanto, anche la tutela delle gestioni spontanee appare classica: quantunque introdotta più tardi rispetto alla sfera di applicazione dell'*actio* nell'area della procura generale, non può parlarsi di soluzione giustiniana. Già quindi nell'età del principato si assiste all'esperibilità dell'*actio negotiorum gestorum* sia da parte del *dominus* contro il *procurator*, sia da parte del gerito contro il gestore senza incarico. In secondo luogo non è improbabile che, a differenza di quanto abbiamo registrato in tema di contratti reali (§ 7), nel settore in commento l'ordine cronologico di introduzione dell'*actio in ius* e dell'*actio in factum* veda stavolta al primo posto l'azione civile. Tale rimedio era riservato alle gestioni autorizzate, come appunto quella del *procurator omnium bonorum* (e probabilmente quella del curatore): restava, per così dire, scoperto il campo delle intraprese spontanee, e proprio al fine di tutelarle è da ritenersi che il pretore abbia successivamente introdotto nell'albo un'*actio in factum* che si affiancava a quella, *in ius*, più ampia.

La progressiva, e magari lenta, unificazione della tutela nel quadro dell'*actio in ius* di buona fede e il preponderante rilievo della gestione spontanea sembrano dovuti da un lato alla reciproca influenza dei caratteri delle due azioni guidata dalla riflessione giurisprudenziale, nonché al sensibile svuotamento dell'originaria funzione dell'*actio* contro l'amministratore generale, dovuta all'attrazione della preposizione procuratoria – che in effetti può pure configurarsi come l'attribuzione di un incarico – nell'area consensualistica del mandato (§ 13).

[presupposti] La *negotiorum gestio* qualificata come quasi contratto ricorre dunque allorché taluno, con iniziativa spontanea – e pertanto fuori dal quadro di un'incombenza ricevuta o di un ufficio ricoperto – si assume la gestione di uno o più affari di un altro nell'interesse di questo.

Il requisito dell'altruità degli affari viene ovviamente meno qualora per errore un soggetto curi *negotia* in realtà propri. Sotto altro aspetto, gli affari geriti possono risolversi sia in attività materiali – ad esempio, curare un servo malato, mietere il grano già maturo –, sia nel compimento di atti o negozi giuridici – ad esempio, pagare un debito, agire in giudizio –, né, come accennato, ai fini del ricorrere della figura qui in esame rileva che si tratti di un singolo affare o di una gestione patrimoniale complessiva.

Per fondare i diritti di chi se la accolla, la gestione deve inoltre apparire inizialmente utile (si parla di *utiliter coeptum*), dev'essere cioè presumibile, con criterio oggettivo di valutazione, che lo stesso titolare, se non fosse stato assente, l'avrebbe intrapresa. Va peraltro ribadito che un simile giudizio *a posteriori* non è parametrato sulla diligenza e le abitudini individuali del *dominus* (qui nel senso di gerito), ma sul tipo ideale e astratto del buon *pater familias*. Stante il presupposto descritto, non rileva ai presenti fini l'effettiva utilità riscontrabile a gestione conclusa.

Non può dirsi, comunque, un *utiliter coeptum* l'iniziativa che ci si assume malgrado la proibizione del titolare, il quale ha diritto, se crede, di non veder trattare i propri affari da nessuno, ancorché vantaggiosamente: Salvio Giuliano negava in tal caso al gestore la rifusione delle spese; Giustiniano (C. 2.18[19].24, del 530) segue il

parere dell'insigne giureconsulto ma lo precisa stabilendo che non sono da rimborsarsi soltanto le spese sostenute dopo la diffida del *dominus*; quelle anteriori – se sostenute utilmente – vengono dichiarate salve.

[obbligazioni del gestore e del gerito] Il gestore è tenuto a condurre a termine l'attività intrapresa e a far conseguire al titolare i risultati della stessa; il gerito – stante, giova ripeterlo, l'iniziale aspetto vantaggioso della *gestio* – è tenuto ad assumere nella propria sfera i risultati di cui sopra, a tenere indenne il gestore dalle spese sopportate e a rilevarlo dagli obblighi assunti. Peraltro la ratifica del *dominus* vale a sanare l'operatività giuridica di una *negotiorum gestio* in cui non sia riconoscibile il dato dell'*utiliter coeptum*.

[responsabilità del gestore] Il grado di responsabilità del gestore varia in diritto classico a seconda delle circostanze in cui l'attività viene intrapresa: si va così dalla colpa (criterio usuale), al solo limite del dolo o della *culpa lata* se l'iniziativa è intervenuta in un contesto particolarmente pregiudizievole per la situazione patrimoniale dell'assente. Nelle Istituzioni giustiniane (3.27.1) è fissato il parametro della *exactissima diligentia*.

[azioni] Le azioni nascenti dal rapporto sono l'*actio negotiorum gestorum directa*, esperibile dal titolare contro il gestore, e l'*actio negotiorum gestorum contraria*, che vede invertite le parti di attore e convenuto.

[b) pagamento dell'indebito] Altro quasi contratto è il già menzionato pagamento dell'indebito (*indebiti solutio*).

Chi, ritenuto erroneamente creditore, riceve dal presunto debitore una somma di denaro o un'altra cosa è obbligato a restituirla. L'autore del pagamento non dovuto può ripetere quanto corrisposto con la *condictio indebiti*. Vanno peraltro rimarcati alcuni punti.

[presupposti] Deve trattarsi di vero indebitto; dunque il presupposto di una *naturalis obligatio* non legittima all'esperimento della *condictio*, perché, anche se non coercibile, la prestazione è dovuta (§ 3). È invece vero indebitto ciò che per diritto civile si è tenuti a dare ma la cui pretesa può essere paralizzata da un'eccezione sul piano pretorio (Frag. Vat. 226 = D. 12.6.26.3, di Ulpiano).

Il creditore inoltre deve ricevere il pagamento in buona fede, altrimenti commette furto, per cui entra in gioco la *condictio furtiva* (§ 18).

La ragione sulla quale si fonda il diritto alla restituzione è l'arricchimento ingiustificato che perviene a chi riceve l'*indebiti solutio*: in questo senso può anche parlarsi di mancanza di causa. Ma, occorre aggiungere, solo in questo senso: la *traditio* della somma è fornita della *iusta causa* richiesta ai fini della sua efficacia, perché la proprietà del denaro si trasferisce (cap. V § 8). Non, quindi, un atto traslativo invalido, ma un trasferimento, valido, che obbliga a un ritrasferimento a direzione invertita: è un poco quanto avviene nel mutuo. Di qui l'esperibilità della *condictio* che è la stessa azione del contratto reale che conosciamo.

[rimedi contro l'ingiustificato arricchimento] Altre *condictiones*, cioè azioni di ripetizione, esperibili in caso di ingiustificato arricchimento sono: la *condictio ob rem dati re non secuta*, allorché taluno ha compiuto una *datio* a favore di un soggetto perché questi esegua una controprestazione che poi, invece, non esegue; la *condictio sine*

causa, se il fine a cui tendeva la *datio* risulti oggettivamente irrealizzabile (ad esempio, manumissione di un soggetto già affrancato); la *condictio ob turpem causam*, qualora la *datio* persegua un comportamento che appare immorale compensare (ad esempio, la mancata commissione di un delitto); la *condictio ob iniustam causam*, allo scopo di privare taluno di un acquisto senza titolo, ancorché non furtivo.

[c) restanti quasi contratti] Sempre fra i quasi contratti sono da annoverarsi: il legato obbligatorio (cap. VII § 10), posto che qui il vincolo non nasce da contratto, almeno nell'accezione propria del termine (§ 5); la tutela, che in effetti genera *obligationes* fra tutore e pupillo (cap. II § 4); la comunione incidentale (*communio incidens*: cap. V § 9), sorta cioè non in forza di una *societas* consensuale, ma, ad esempio, per un legato a favore di più onorati congiuntamente. Su queste ultime figure non mette conto soffermarsi nel presente paragrafo, perché ragioni sistematiche postulano una loro più o meno diffusa trattazione in altri luoghi.

[promesse unilaterali: *pollicitatio*] Nel diritto tardoclassico sono considerate generatrici di obbligazioni anche due promesse unilaterali: la *pollicitatio* e il *votum*. La prima è rivolta a una città, in genere dall'aspirante a una carica, e ha di solito ad oggetto la costruzione di un monumento. Tale promessa è coercibile attraverso la procedura *extra ordinem*.

[*votum*] Il *votum* è la promessa a una divinità, per il cui adempimento possono agire, sempre nelle forme della *cognitio*, i sacerdoti del dio.

[affinità con i quasi contratti] *Pollicitatio* e *votum* in realtà non compaiono nel “catalogo” giustiniano delle obbligazioni quasi da contratto, né sono incluse tra le *variae causarum figurae* di cui alle *Res cottidianae* (§ 5); abbiamo tuttavia ritenuto di farne menzione in questa sede perché anche qui si tratta di atti leciti non contrattuali che danno vita a un vincolo obbligatorio.

Mette pure conto sottolineare che entrambe le forme di promesse vincolanti sono dirette a un preciso destinatario. La possibilità di obbligarsi unilateralmente “a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione” (art. 1989 c.c. sulla “promessa al pubblico”) emerge solo nel diritto intermedio.

17. I delitti. Generalità

Il delitto, atto riprovato dall'ordinamento, è, come si è visto, l'altro grande polo delle fonti di obbligazione.

[delitti e crimini] Nel più generale ambito dell'atto illecito, il delitto si qualifica come lesivo di interessi eminentemente privati, onde le conseguenze si esauriscono nella “riparazione” del reo a favore dell'offeso. Diversamente, gli illeciti qualificati come crimini ledono un interesse che trascende il singolo, toccando l'assetto e le prerogative della collettività, onde la sanzione ha carattere pubblico.

Dato che per certi aspetti la concezione dell'illecito si presenta come unitaria, è possibile che la stessa fattispecie sia riconducibile tanto ai delitti quanto ai crimini, potendo anche essere produttiva di entrambi i tipi di sanzione. Così il furto, che è senz'altro un delitto, in quanto il ladro è tenuto al pagamento di una pena a vantag-

gio del derubato, comporta, per talune fattispecie ed epoche, conseguenze sul piano del diritto criminale con irrogazione di pene pubbliche.

[la pena privata] La responsabilità per delitto comporta l'obbligo di pagare una pena pecuniaria. È questo il punto di arrivo di un'evoluzione che ha differenziato i delitti dai crimini, e per l'illecito considerato di minore gravità ha risolto in un rapporto obbligatorio le conseguenze del comportamento contrario al diritto.

Il sistema delle pene private è appunto il risultato di una evoluzione, attraverso fasi successive.

Dapprima l'offeso poteva ricorrere alla vendetta, all'inizio indiscriminata, poi regolamentata. È così che nasce il "taglione" (*talio*), che inquadra la vendetta nei termini del contrappasso: è l'"occhio per occhio". L'ulteriore passaggio prevede la possibilità sostitutiva della composizione pecuniaria per cui è possibile liberarsi dalla sanzione del taglione, come da altre pene corporali o afflittive, mediante il pagamento di una somma di denaro (*poena*). La composizione attraverso il pagamento da volontaria diviene alla fine legale. Il *delictum* si caratterizza allora per l'obbligo a carico del responsabile di corrispondere all'offeso una somma a titolo di pena, valutata secondo certi parametri.

Talvolta la somma è fissa; talora è variamente definita (ad esempio in un multiplo) in base al valore del bene oggetto dell'illecito, talora è valutata discrezionalmente dal giudicante. La natura di questa pena è comunque, almeno come dato di partenza, conseguente all'originario carattere afflittivo della reazione. Lo scopo primario è quello di infliggere una punizione al responsabile; tuttavia si afferma progressivamente l'idea di una funzione di reintegrazione del patrimonio dell'offeso.

[evoluzione della repressione dei delitti] La disciplina dei delitti privati è influenzata da una linea di tendenza: la loro repressione, o almeno quella di talune specie, un tempo collegata alla sfera privata, evolve verso la giurisdizione criminale. A partire dai procedimenti *extra ordinem*, e come conseguenza dell'avocazione da parte del nuovo assetto politico di sempre maggiori poteri di controllo, alcune fattispecie delittuose comportano l'irrogazione di una pena pubblica. Tipica, in questo senso, è l'evoluzione del furto e dell'ingiuria. Collegato a questo scorporo di finalità afflittive è, all'opposto, il più marcato carattere di reintegrazione dell'assetto patrimoniale che la tradizionale disciplina dei delitti privati viene ad assumere. Dimostrazione finale ne è la concezione giustiniana che riduce il numero delle azioni miste in cui si rivela la finalità reipersecutoria e quindi di reintegrazione patrimoniale. Anche se contro una eccessiva generalizzazione di queste tendenze sta la diversa evoluzione di ciascuno dei delitti privati, si possono comunque riscontrare nel processo di sviluppo del diritto penale romano le premesse di quel processo che ricondurrà, come oggi, all'ambito privatistico esclusivamente fattispecie illecite la cui sanzione è il risarcimento del danno, lasciando ogni scopo afflittivo alla sfera del diritto penale pubblico (criminale).

[tipicità] I delitti privati sono tipici. Esistono cioè alcune fattispecie, ognuna con proprie caratteristiche, ma non una generale nozione di delitto individuata in astratto. Le figure sono concretamente e singolarmente definite, le condotte sono identificate da comportamenti tipici.

Tipicità significa, nell'assenza di una generica nozione di delitto, una pluralità di illeciti, ognuno col proprio nome e i propri autonomi caratteri. La tipicità comporta anche che la persecuzione di nuove fattispecie illecite avviene attraverso la dilatazione di una figura giuridica preesistente, come in una certa epoca avviene relativamente al furto.

Gaio nelle Istituzioni menziona quattro delitti. Si tratta del furto (*furtum*), della rapina (*vi bona rapta*), del danneggiamento (*damnum iniuria datum*), dell'ingiuria (*iniuria*).

Di ognuno di essi diremo singolarmente, avvertendo però che non esauriscono le fattispecie degli illeciti privati e questo tanto per diritto civile che per diritto pretorio.

[illeciti “civili” e “pretori”] I quattro delitti proposti da Gaio sono di *ius civile*. Ancora Giustiniano li tiene distinti da altri illeciti di creazione pretoria, considerati produttivi di obbligazioni quasi da delitto, e perciò più brevemente qualificabili, sulla scia dei bizantini, come “quasi delitti”. Più esattamente, nella disciplina pretoria, si faceva riferimento non all'*obligatio*, vincolo civilistico, ma ad un *teneri*, essere tenuti in forza dell'azione commessa che, anche in questo caso, conduceva comunque a una pena.

Anche ristretto all'ambito dei delitti di *ius civile* (i più significativi e risalenti), l'elenco di Gaio si presta ad ulteriori osservazioni. Sappiamo infatti, come risulta innanzitutto dalle XII tavole, che esistevano altre fattispecie di illecito (al di fuori dell'illecito contrattuale) per cui l'offeso poteva pretendere una sanzione pecuniaria (come l'*actio de tigno iuncto* [cap. V § 7] e la *pauperies*, di cui diremo [§ 20]).

Le ragioni del disinteresse di Gaio possono essere varie. Anzitutto alcune di queste figure erano già scomparse ai tempi suoi e altre erano già cadute in disuso così da non meritare trattazione. Da un punto di vista dogmatico poi, le restanti figure, per la loro marginalità, non si inserivano forse adeguatamente nel sistema delle *obligationes ex delicto* che la giurisprudenza andava elaborando.

[la tutela dell'offeso: azioni penali] Lo strumento che fa valere la pretesa fondata sull'illecito *ex delicto* è l'azione penale (cap. III § 9), che può essere, corrispondentemente alla fattispecie, civile o pretoria.

Queste azioni tendono al perseguimento di una pena, somma di denaro che il responsabile deve pagare come sanzione per il comportamento riprovato.

[azioni miste.] Giustiniano insisté poi, come si vide, sulla funzione di reintegrazione patrimoniale, e preferì, per la rapina e il danneggiamento, utilizzare la categoria di azione mista in un significato diverso rispetto a Gaio, ma nella sostanza non ignoto ai giuristi classici.

Nelle Istituzioni di Giustiniano sono azioni miste quelle aventi la funzione di cumulare, a vantaggio dell'attore, la reintegrazione patrimoniale con l'irrogazione di una pena.

È così ancora penale l'azione di furto, in quanto alla sanzione irrogata per il furto (*poena*) si accompagnano separati mezzi per la restituzione patrimoniale. È invece mista l'azione per rapina, che spetta nel quadruplo del valore, scomponibile nella funzione risarcitoria (per un quarto) e penale (per tre quarti). È mista l'azione per

danneggiamento, in base alla legge Aquilia, in quanto i criteri di valutazione della pena, favorevoli al danneggiato, consentono di pervenire alla reintegrazione patrimoniale restando un'eccedenza a titolo di pena. L'azione aquiliana è quindi ora "mista" non solo per il caso che il convenuto neghi a torto, ma per la potenziale eccedenza della condanna rispetto al risarcimento.

La collocazione dell'azione per ingiuria, tipicamente penale in diritto classico, non sembra mutare, benché Giustiniano non si pronunci esplicitamente. Tuttavia si può forse trarre dalla Compilazione qualche elemento per una diversa interpretazione (vedi § 21).

Le azioni penali presentano caratteristiche comuni e talora peculiari. Vediamo nell'ordine gli aspetti della intrasmissibilità, della cumulatività, della nossalità, della durata.

Regola generale è che l'azione è trasmissibile, dal lato attivo come da quello passivo. In sostanza passa normalmente agli eredi e contro gli eredi.

[caratteri delle azioni penali: intrasmissibilità] Le azioni penali hanno diverso regime. Non possono essere fatte valere dal lato passivo, contro gli eredi del reo. Costoro ne sopportano le conseguenze solo se al momento della morte del defunto sia già avvenuta la contestazione della lite. Tuttavia il pretore, per il caso che non vi fosse accanto all'azione penale il rimedio dell'azione reipersecutoria, concesse contro gli eredi delle azioni *in factum*. In forza di queste si realizzava una sorta di risarcimento, rispondendo comunque l'erede del responsabile nei limiti di quanto a lui era pervenuto come conseguenza dell'atto illecito.

Le azioni penali spettano invece all'erede del danneggiato, sono cioè attivamente trasmissibili. Una disciplina particolare è riservata all'azione per ingiurie in cui più evidente è, per il carattere personale della lesione, lo scopo di vendetta. Non spetta per questo agli eredi.

[cumulatività] Il problema del cumulo nelle azioni penali si presenta in rapporto a una pluralità di responsabili o a una pluralità di azioni nascenti dal medesimo fatto.

Qualora più siano gli autori dell'illecito, nascono tante obbligazioni quanti sono i responsabili e l'azione va intentata contro tutti per l'intero (§ 3).

Il cumulo discende dal carattere penale dell'azione, volta principalmente a uno scopo afflittivo, e solo in via mediata e conseguente al risarcimento del danno.

Dato che dallo stesso fatto possono nascere più azioni, il cumulo è di regola possibile quando accanto all'azione penale vi sia un'azione reipersecutoria (non sarebbe invece consentito il cumulo tra azioni reipersecutorie). La funzione primariamente afflittiva dell'azione tollera la coesistenza con un'azione che ha lo scopo primario della reintegrazione patrimoniale. Accanto all'azione di furto è allora esperibile l'azione diretta a riavere la cosa.

Tra due azioni penali (secondo la classificazione originaria) nascenti dallo stesso furto, il criterio può essere del cumulo (l'azione per ingiurie si somma a quella per furto) o dell'alternativa (l'esperimento dell'azione per rapina esclude quella per furto).

[nossalità] Caratteristica ulteriore di questo genere di azioni è la nossalità, che viene in considerazione allorché il delitto è compiuto da persona soggetta a potestà

(schiavo, *filius familias* e figure assimilate). Questi soggetti non hanno autonomia patrimoniale, onde l'offeso si rivolge, per il pagamento della pena, contro l'avente potestà.

La qualifica di nossale è dovuta alla particolare configurazione dell'azione, che consente al *pater familias* di sottrarsi a ogni responsabilità consegnando all'offeso (*noxae deditio*) il servo o il figlio responsabile.

Tale facoltà fu limitata, come vedemmo, in diritto giustiniano, soprattutto in dipendenza della realizzata autonomia patrimoniale dei figli, alle persone di condizione servile.

L'avente potestà può avvalersi della *noxae deditio* solo se non sia stato al corrente del delitto. Diversamente, se potendo non lo abbia impedito, sarà tenuto senza regime nossale.

Un'ulteriore applicazione della dazione a nosa si ha nel caso di danno da animale (*pauperies*), che vedremo nel § 20.

[durata] Riguardo alla durata, corre una fondamentale differenza tra le azioni penali di *ius civile* e le azioni penali conseguenti alle fattispecie di illecito represso dall'editto pretorio.

Le prime sono perpetue (con il temperamento che, a partire da Teodosio II, fissò un limite alla durata delle azioni), le seconde decadono se non esperite entro l'anno.

La regola va precisata: l'azione per furto manifesto fu introdotta dal pretore, ma essendo stata stabilita al posto della pena (*capitalis*: Gai. 4.111) prevista dalla legge delle XII tavole, ha, per attrazione del sistema civilistico, durata perpetua.

All'opposto, l'azione per ingiurie introdotta dal pretore per la disciplina di un illecito civilistico, sarebbe stata, a quanto afferma una costituzione del III secolo d.C., soggetta al termine annuale. L'azione per rapina, benché la figura sia assunta nel sistema dei delitti di *ius civile*, sconta la sua origine pretoria e, pertanto, dopo l'anno, passa dal quadruplo al semplice valore.

18. Cont.: il furto

[nozione] Una definizione di Paolo contenuta nel Digesto (47.2.1.3) e ripresa nelle Istituzioni di Giustiniano (4.1.1) qualifica il furto come “l'appropriazione (*contrectatio*) fraudolenta di una cosa per trarre vantaggio dalla cosa stessa o dal suo uso o possesso”.

Altrove, nelle fonti, si evidenziano, come requisiti della fattispecie, il dolo dell'agente e la contrarietà al volere del proprietario (inteso come chi ha interesse a che il furto non avvenga: vedi più avanti).

[l'elemento soggettivo] L'elemento soggettivo va quindi individuato nel dolo (*dolus malus, affectus, furandi*), l'intenzione fraudolenta di causare l'evento contro la volontà dell'avente diritto. Accanto al dolo generico, la definizione e altre fonti richiedono il requisito del dolo specifico per cui l'evento è voluto allo scopo di trarne un profitto (*animus lucri faciendi*).

[la “*contrectatio*”] Il termine *contrectatio* individua l'elemento oggettivo del furto consistente nell'instaurazione di un rapporto con la cosa non implicante necessariamente la sottrazione, che pure rappresenta la fattispecie originaria e tipica di *contrectatio* furtiva. L'ampia nozione di *contrectatio* permette di raccogliere sotto il furto una varietà di comportamenti.

[furto di cosa] La particolare e ampia concezione romana del furto consente di affiancare alla tipica ipotesi della sottrazione (“furto di cosa”) altre fattispecie che non prevedono lo spossessamento. [furto d'uso] È infatti possibile che a commettere furto sia colui che ha la disponibilità della cosa (ad esempio, il depositario che si serve della cosa o il comodatario che destina la cosa a un uso diverso da quanto stabilito: casi di “furto d'uso”).

[furto di possesso] D'altro canto la tutela si estende a chiunque vi abbia interesse, anche contro il proprietario: costui infatti può commettere furto (quando sottrae la cosa propria data in pegno al creditore, o sottrae la cosa al possessore di buona fede: è questo il “furto di possesso”).

[elasticità della fattispecie] La nozione tipica e originaria del furto era limitata comunque all'ipotesi di sottrazione di una cosa mobile altrui. Ma, a partire dall'epoca successiva alle XII tavole, attraverso lo schema del più vasto dei delitti vennero perseguitate con pena privata varie figure che acquisteranno poi autonomia. Mediante questa larga concezione del *furtum* (implicata dall'estesa nozione di *contrectatio*) si puniscono fattispecie riconducibili all'appropriazione indebita, alla ricettazione, al favoreggiamento, e così via. L'*actio furti* diviene una sorta di azione generica contro molti comportamenti illeciti, quasi uno strumento contro la lesione patrimoniale in genere.

Più tardi, dalla fine dell'età repubblicana, il ricorso alla figura del furto si restringe, a favore di altri mezzi di tutela, come la legge Aquilia sul danneggiamento, e ne viene delimitato l'ambito di applicazione (ad esempio, non si ammette più il furto di immobili). Nella fase ultima la restrizione è operata dal sistema dei giudizi pubblici che reprimono con pena criminale varie ipotesi di furto qualificato (ad esempio: furto con scasso, abigeato).

[specie e azioni di furto: manifesto e non manifesto] Nel sistema delle XII tavole coesistono a carico del ladro pena pecuniaria e pena afflittiva. Già allora la principale distinzione è quella tra furto manifesto e non manifesto.

La pena più grave è fissata per il ladro “manifesto”, quello preso sul fatto. A parte il caso dello schiavo, fustigato e gettato dalla rupe Tarpea, il colpevole libero, dopo la fustigazione, era assegnato al derubato come schiavo oppure equiparato all'*adiudicatus* (Gaio [3.189] dice che gli antichi discutevano su quale fosse la sua condizione). Il ladro notturno e chi di giorno si fosse difeso a mano armata potevano poi essere uccisi dal derubato. Per il ladro “non manifesto”, invece, era prevista la pena del doppio valore della cosa rubata.

Semplificando, definimmo ladro manifesto quello preso sul fatto. In realtà la nozione ha oscillato. Furono proposti vari concetti: Gaio preferisce identificarlo col ladro “colto sul luogo” del furto. Giustiniano, da parte sua, dilata ancora la definizione, ritenendo ladro manifesto anche chi fosse stato preso durante il trasporto della

refurtiva. Definito il furto manifesto, ogni altro è non manifesto.

La sanzione per il furto non manifesto venne mantenuta dal pretore che, attraverso l'*actio furti non manifesti*, colpì il ladro con una pena nel doppio del valore della cosa.

Per quanto riguarda il furto manifesto il sistema della pena afflittiva fu tolto di mezzo dall'introduzione dell'azione pretoria (*actio furti manifesti*) che fissava nel quadruplo l'ammontare della pena.

Al ladro manifesto le XII tavole equiparavano colui nella cui casa fosse stata trovata la refurtiva dopo una formale perquisizione. Disponevano che questa fosse compiuta dal derubato nudo, o meglio coperto con una fascia intorno alle parti intime, con un piatto in mano. Dal tessuto e dal piatto viene il nome di “*quaestio lance et licio*”.

Gaio, cercando una spiegazione razionale, giudica ridicola quella procedura, legata, invece, a un qualche valore simbolico (la nudità sarebbe stata a garantire contro le frodi) e rituale (il piatto sarebbe stato connesso con elementi sacrali).

[conceptum e oblatum] Dal furto le XII tavole facevano poi derivare altre due azioni: l'*actio furti concepti* e l'*actio furti oblata*. La prima era concessa contro la persona presso cui fosse stata ritrovata una cosa rubata. Il ritrovamento avviene in seguito a una perquisizione informale, seppure con l'assistenza di testimoni, onde non si procede con l'*actio furti manifesti*. La responsabilità prescinde dalla partecipazione al furto e la sanzione colpisce il ricettatore come chi abbia ricevuto la cosa in buona fede.

L'*actio furti oblata* spetta al condannato per *furtum conceptum* contro chi gli abbia consegnato la cosa furtiva perché venga trovata presso di lui. Egli scarica in sostanza la responsabilità su di un altro, ladro o meno che sia: e difatti entrambe le azioni prevedono una pena nel triplo del valore della cosa rubata.

[actio furti prohibiti] Altre due azioni per il furto furono infine introdotte dal pretore. Con l'*actio furti prohibiti* punì la condotta di chi si opponeva alla ricerca della cosa rubata, in qualunque modo effettuata. La sanzione contro questo comportamento è diretta al quadruplo come nell'ipotesi di furto manifesto.

[actio furti non exhibiti] Infine l'editto colpì con l'*actio furti non exhibiti* chiunque non permettesse l'esibizione in giudizio della refurtiva cercata e trovata presso di lui.

[semplificazione giustiniana] Il diritto giustiniano vede la scomparsa di tutte le specie di furto non riconducibili al manifesto e non manifesto (I. 4.1.4). Chiunque consapevolmente riceve e nasconde una cosa rubata risponde di furto non manifesto (I. 4.1.3), mentre il furto manifesto si identifica, scomparsa la *quaestio lance et licio*, coll'ipotesi di furto “flagrante” nella veduta più ampia accezione.

[legittimazione passiva] Sono tenuti per furto anche altri soggetti oltre a chi ha effettuato la sottrazione della cosa. Ne risponde il ricettatore, ma anche chi, senza averlo materialmente commesso, ne sia stato complice (è ladro chi abbia fornito gli arnesi da scasso: non lo è però chi abbia incitato a compiere il furto).

[legittimazione attiva] Legittimato all'azione di furto è ovviamente il proprietario della cosa. Tale facoltà si estende tuttavia anche a chi, seppur mero detentore, ha un interesse a che la cosa non venga trafugata, in virtù del rapporto che al proprietario della cosa lo lega. Può così agire per furto chi per contratto risponde nei con-

fronti del proprietario della *custodia* del bene (comodatario, conduttore). Hanno altresì legittimazione, anche contro lo stesso proprietario, il creditore pignoratizio e il possessore di buona fede.

[carattere dell'azione penale] L'*actio furti*, nelle sue varie specie, è azione sempre ed esclusivamente penale. Non perderà mai questa qualifica, unica azione ad essere esplicitamente definita tale in diritto giustiniano. La pena si colloca infatti come qualcosa a sé rispetto ai meccanismi che regolano la reintegrazione patrimoniale. Il suo ammontare in un multiplo del valore della cosa in aggiunta ai mezzi specifici per il ripristino, ne illustra la funzione sanzionatoria e non risarcitoria. Nell'*actio furti* vi è la pena soltanto: una sanzione pecuniaria irrogata sul presupposto che gli strumenti riparatori stanno altrove.

[le azioni reipersecutorie collaterali] Gaio (4.4) sottolinea la varietà, singolare, di mezzi predisposti dall'ordinamento contro i ladri, a parte l'azione volta al conseguimento di una pena.

Spetta infatti al proprietario, accanto all'azione reale di rivendica, un'azione personale: la *condictio ex causa furtiva*. Con l'azione di furto potrà altresì concorrere l'azione spettante in forza di altro titolo (ad esempio, azione di deposito) sempre in forza della possibilità di cumulare azione reipersecutoria e azione penale.

L'introduzione della *condictio* viene giustificata da Gaio per via dell'odio verso i ladri. Questa motivazione è la spia della difficoltà di accettare l'anomalia di un'azione personale (appunto la *condictio*) utilizzata al fine di pretendere da un altro la cosa propria.

Il proprietario può dunque dirigersi contro il ladro, a fini reipersecutori e in aggiunta all'*actio furti*, con la rivendica oppure con la *condictio*.

Ci si può chiedere perché mai si sia fatto ricorso a questo ultimo strumento, visto che alla restituzione della cosa mira la rivendica. L'odio per i ladri è troppo generica giustificazione. Invero la *condictio* risulta utile quando la cosa non sia più in possesso del ladro o sia perita. Egli infatti è, come soggetto passivo dell'azione personale, debitore della cosa e la “deve” anche quando non ha più alcuna relazione con essa, laddove alla rivendica è passivamente legittimato il solo possessore. Al derubato viene così offerto un ulteriore strumento di reintegrazione patrimoniale.

19. Cont.: la rapina

[nozione] La rapina è un furto qualificato, in quanto il rapinatore sottrae la cosa mediante la violenza. Non fu tuttavia per lungo tempo figura autonoma, restando assorbita nella nozione estremamente ampia del furto.

[origine della fattispecie] Le sue origini vanno ricercate nelle torbide vicende dell'ultimo secolo della repubblica quando, in un clima di guerra civile, nell'Italia infestata da bande erano numerose le violenze. Nel 76 a.C. un pretore Lucullo avrebbe represso con pena del quadruplo chi, con bande organizzate, armate o meno, si fosse reso responsabile di danneggiamenti o sottrazioni violente.

Sulle vicende di origine si è però molto dibattuto in quanto il testo originario del-

l'editto, per quello ovviamente che ci è pervenuto, fa riferimento solo a un “danno” (*damnum*) arrecato in quel particolare contesto eversivo.

Di qui il problema la cui rilevanza, al pari di altri, può perdersi a livello istituzionale, se la fattispecie di sottrazione violenta vi fosse implicita o sia stata conseguente ad altro editto o ad interpretazione.

Altro momento chiave, e problematico, dell'evoluzione fu il passaggio dalla repressione, comunque introdotta, delle sottrazioni violente compiute da bande armate nel corso di tumulti, a quella di fattispecie di furto senza attentato alla sicurezza pubblica, ma qualificato dall'uso di violenza.

L'estensione a fattispecie di interesse privatistico è da ritenersi opera della giurisprudenza. D'altra parte il venir meno delle epoche di disordine e la sussunzione delle ipotesi di maggior rilievo per l'ordine pubblico nella previsione dei *crimina* (attraverso la *lex Plautia* [78-63 a.C.] e una successiva *lex Iulia* sulla violenza) davano alla figura della rapina sempre più il carattere di un furto qualificato, con le connotazioni privatistiche del *delictum*.

[la previsione dell'editto pretorio] L'editto pretorio, nella redazione definitiva attribuita a Salvio Giuliano, lascia trasparire, al proposito, due azioni: l'una prevede il danno arrecato dolosamente con uomini che si siano riuniti in banda, la seconda riguarda la sottrazione violenta dei beni di qualcuno.

La prima fornisce tutela contro il danneggiamento doloso in banda che si qualifica, rispetto all'azione aquiliana (vedi § successivo), per la possibilità di colpire anche i mandanti e comunque chi, pur implicato, non abbia materialmente provocato il danno. **[il delitto di rapina]** La seconda prevede appunto la nuova fattispecie di rapina, depurata da preoccupazioni di ordine pubblico e di tranquillità sociale, intesa come furto qualificato.

Il rapinatore è più di un ladro. È un ladro malvagio (*improbis fur*, dice Gaio [3.209]). La rapina rientra tra i delitti di *ius civile*, nonostante la sua origine pretoria, proprio per questo suo legame con la figura principale. Partecipa del carattere civilistico del furto, pur avendo la sua autonomia.

[l'actio vi bonorum raptorum] L'azione che spetta per la rapina è l'*actio vi bonorum raptorum* (dei beni portati via con la violenza). È volta al quadruplo del valore della cosa rapinata. È la sanzione prevista per il più grave dei furti, il manifesto, difficilmente invocabile nel caso di sottrazione con violenza, in quanto proprio l'uso della violenza impedisce la cattura sul fatto del delinquente che è presupposto dell'*actio furti manifesti*.

La posizione del rapinatore è tuttavia più favorevole rispetto al ladro manifesto sotto un importante profilo. L'azione per i beni sottratti con violenza, essendo azione penale pretoria, vale entro l'anno; dopo è concessa un'azione nel semplice valore della cosa (*in simplum*).

Questo toglie praticamente utilità all'azione per rapina dopo l'anno vista la possibilità di agire con l'azione per furto non manifesto nel doppio.

[carattere dell'azione] L'azione per rapina venne considerata in diritto classico da alcuni giuristi un'azione penale, considerando costoro il quadruplo come pena e ammettendo la possibilità di utilizzare le azioni reipersecutorie (*rei vindictio* e con-

dictio) accanto all'azione penale. Ma un'altra tesi, non consentendo di esperire cumulativamente l'azione reipersecutoria (Gai. 4.8), la considerò di fatto mista, nel senso di rivolta alla pena come al risarcimento.

Giustiniano vedrà poi nella rapina il più lineare esempio di azione mista, distinguendo senz'altro, nel quadruplo di condanna, un *simplum* corrispondente al valore della cosa e un triplo a titolo di pena.

L'azione di rapina tende a modellarsi sulle regole che governano quella di furto, in quanto compatibili.

20. Cont.: il danneggiamento

Un posto a sé occupa, tra i delitti privati, il danneggiamento (*damnum iniuria datum*). Il suo meccanismo sanzionatorio, tendente formalmente a una pena, realizza infatti, grazie anche a un sistematico processo interpretativo, le attese risarcitorie della vittima. La pena non è fissa o in un multiplo, ma calibrata sul danno arrecato, onde si può parlare di una “pena risarcitoria”.

Da questa figura discenderà essenzialmente la nozione di illecito civile.

[carattere “misto” dell'azione] L'azione per danneggiamento, nata come azione penale, viene presto intesa come indirizzata anzitutto alla reintegrazione patrimoniale, come dimostra l'alternatività con azioni tipicamente reipersecutorie. Giustiniano (I. 4.3.9), nel definirla mista, dirà che è tale perché talora l'ammontare della condanna eccede il danno arrecato, ponendosi questo *surplus* come pena.

[la *lex Aquilia*] Il danneggiamento nasce da una legge, la *lex Aquilia de damno*. Fu più esattamente un plebiscito, che anche se non fosse collocabile, come vuole la tradizione sulla base di una testimonianza della Parafrasi di Teofilo, nel 286 a.C., potrebbe essere comunque non molto posteriore a tale data. Il provvedimento era composto, secondo l'opinione tradizionale, di tre capi.

[il II capo della legge] Di questi il secondo ebbe vita breve e può essere senz'altro scorporato dalla tematica del *damnum iniuria datum*. Esso prevedeva il caso, marginale in verità, del costipulante (*adstipulator*) che avesse rimesso il debito con accettazione (§ 25) senza autorizzazione del creditore principale, per cui era tenuto a una pena corrispondente al danno arrecato. La fattispecie si presenta anomala rispetto alle previsioni degli altri due capi, relativi a danni a cose.

L'accostamento è tuttavia spiegabile nella visione dell'antico legislatore che procede attraverso la previsione di fattispecie singole e non per generalizzazioni. C'è comunque anche qui, se non un danno materiale, una diminuzione patrimoniale. Un altro dato unificante è la possibilità di procedere, a norma di tutti e tre i capi, in forza dell'uso della formula “*damnas esto dare*”, alla *manus iniectio* (cap. III § 4).

Comunque in diritto classico il secondo capo non si applica più. Il creditore principale regola i suoi rapporti coll'*adstipulator* attraverso l'azione di mandato. Al proposito Gaio (3.216) si chiede perché mai fu introdotto il secondo capo, bastando l'*actio mandati*, trascurando però che quell'azione non esisteva all'epoca di emanazione della legge.

[**la repressione dei danneggiamenti anteriormente alla legge**] La tematica del *damnum iniuria datum* va ricondotta quindi al primo e al terzo capo della legge Aquilia, relativi al danno a cose, animate o inanimate. Alcune ipotesi di danneggiamento erano tuttavia già state precedentemente considerate dall'ordinamento e recepite dalle XII tavole. Era sanzionato il taglio di alberi altrui (*actio de arboribus succisis*), il pascolo abusivo sul fondo altrui (*actio de pastu percoris*), il danneggiamento causato dall'animale (*actio de pauperie*).

Un versetto mutilo della legge delle XII tavole (VIII.5) potrebbe suggerire una più generalizzata repressione del danno, in possibile corrispondenza con Ulpiano per cui la legge Aquilia avrebbe fatto seguito a leggi precedenti: quella delle XII tavole e altre. Ma le parole che compaiono: “arrecare danno” (*rupitias*) e “risarcisca” (*sarcito*) non consentono di delineare una generale norma risarcitoria prima della legge Aquilia.

[**l'*actio de pauperie***] Tra le azioni per danno previste dalle XII tavole non si può far a meno di considerare l'*actio de pauperie*, che tra tutte ha avuto maggior applicazione, ed è ancora presente, con titoli delle Istituzioni (4.9) e del Digesto (9.1) ad essa dedicati, nel diritto giustiniano.

L'*actio de pauperie* sanziona il danno provocato da un quadrupede facente parte del bestiame.

Pauperies significa danno cagionato senza comportamento antigiuridico (*sine iniuria*), in quanto l'animale non è in grado di capire, come spiega Ulpiano (D. 9.1.1.3). Tuttavia in origine, in un contesto primitivo dominato da concezioni magiche e animiste, una sorta di sensibilità era forse riconosciuta all'animale, sino forse a integrare una specie di sua responsabilità, come potrebbe essere desunto dal regime, che vedremo subito, della nossalità.

Per l'epoca storica tuttavia la *pauperies* sanziona una responsabilità oggettiva del padrone che risponde per il fatto dell'animale a seguito, dicono le fonti, di un impulso innaturale non rientrante nel normale, e quindi prevedibile, comportamento della bestia.

Essendo l'ambito di applicazione della *pauperies* limitato a taluni animali, per altri fu forse provveduto con apposite estensioni. Nessun rimedio per il terzo danneggiato contro il proprietario di una bestia feroce, che obbedisce a un naturale impulso. Tuttavia l'editto edilizio fornì apposite sanzioni di risarcimento ai danneggiati da cani o fiere tenuti dai padroni in luoghi di passaggio.

Il padrone dell'animale risponde del danno arrecato. L'*actio de pauperie* è azione con finalità risarcitorie che consente però al convenuto di liberarsi consegnando, in luogo del pagamento, l'animale (vivo).

Come si è accennato, ciò potrebbe essere retaggio di un'epoca in cui agli animali veniva riconosciuta una sorta di responsabilità onde, come riguardo ai figli e agli schiavi, il *pater familias* poteva liberarsi consegnandoli al danneggiato. Anche quando poi la responsabilità fu intesa come oggettiva, rimase la caratteristica della nossalità.

Torniamo alla legge Aquilia. Possiamo conoscere il testo del I e del III capo attraverso le Istituzioni di Gaio e passi di Ulpiano contenuti nel Digesto. Prescindiamo

dai problemi di eventuale stratificazione di provvedimenti normativi o di variazioni rispetto al dettato originale e facciamo senz'altro riferimento a quella formulazione che fu alla base della interpretazione classica.

[il I capo dell'Aquila] Il I capo recita che chi abbia ucciso ingiustamente (*iniuria*) uno schiavo altrui o un quadrupede capo di bestiame debba corrispondere al padrone una somma corrispondente al maggior valore che l'oggetto ebbe nell'ultimo anno.

La norma ha una portata specifica, com'è nel modo di legiferare più risalente. Riguarda l'uccisione di servi e di animali ricompresi nel bestiame. Tali furono intesi i quadrupedi che pascolano insieme (ovini, bovini, equini e anche suini). Vi rientrano poi per interpretazione elefanti e cammelli, ma non le bestie feroci.

La sanzione è una pena risarcitoria, funzionale a una reintegrazione patrimoniale, ma pur sempre, per il lungo arco di considerazione del valore dell'oggetto, potenzialmente preordinata a una sanzione aggiuntiva. Più volte ricorre nei testi l'esempio del servo di scarso valore, perché divenuto zoppo o guercio poco prima dell'uccisione, ma, in forza del criterio di valutazione, stimato di molto maggior valore. Su questo particolarmente Giustiniano fonderà la teoria dell'azione mista, in quanto l'eccedenza rispetto al valore è pena. Reipersecutoria perché reintegra il patrimonio del danneggiato, penale perché realizza una sanzione. Entrambi gli aspetti si riflettono sulla disciplina dell'Aquila: Salvio Giuliano prende posizione contro i rischi di un meccanismo di computo che in casi particolari può essere pregiudizievole alla realizzazione del fine risarcitorio (D. 9.2.21.1); Giustiniano fa riferimento alla natura penale e non la concede contro l'erede (I. 4.3.9).

[il III capo] Il III capo è così formulato: se qualcuno abbia arrecato danno a cose, al di fuori dell'uccisione di schiavi o bestiame, perché le bruciò infranse ruppe (*usserit, fregerit, ruperit*) ingiustamente, sia condannato a dare al proprietario il valore di quelle cose negli ultimi trenta giorni.

Per l'integrazione e l'interpretazione delle parole della legge operò la riflessione giurisprudenziale, più ampiamente rispetto al I capo per cui il maggior problema era stato la determinazione del significato di *quadrupes*. Vediamo in quali direzioni.

Il III capo è la disposizione dell'Aquila di carattere più generale, riguardando ogni danneggiamento all'infuori dell'uccisione del servo o del quadrupede. I *verba legis* tuttavia identificano la condotta riprovata esclusivamente attraverso i verbi *urere, frangere, rumpere* (illecito “a forma vincolata”).

Ciò dimostra che quest'azione, che nasce penale, muove non dallo scopo di reintegrare il patrimonio, ma di sanzionare, con meccanismo riparatorio, una condotta tipica vietata dall'ordinamento. L'interpretazione giurisprudenziale successivamente riprova la condotta non sulla base delle modalità di manifestazione ma in forza del risultato.

A questo si arrivò, dice Gaio (3.217), attraverso l'interpretazione estensiva di *rumpere* (“in qualunque modo rovinate, distrutte o deteriorate”), onde rientrò nella previsione dell'Aquila ogni comportamento che avesse come conseguenza il danneggiamento della cosa.

La giurisprudenza interpretò la legge anche sul punto del computo del valore, fis-

sato dal III capo con riferimento agli ultimi trenta giorni. Il I capo faceva esplicita menzione del maggior valore della cosa, il III solo del valore; in assenza di indicazioni legislative prevalse l'opinione di Sabino che sostanzialmente integrò la legge, interpretandola come se si fosse menzionato il "maggior valore", in parallelismo con la dizione del I capo.

[l'imputabilità] La legge Aquilia definisce in termini relativamente soddisfacenti la condotta riprovata e l'irrogazione della sanzione. Trascura invece il meccanismo della imputabilità.

Sotto questo profilo l'unico dato riconducibile alla legge consiste nella specificazione che l'attività dell'agente deve avvenire *iniuria*, vale a dire ingiustamente, senza riferimento all'atteggiamento psicologico (le parole "colpa" e "dolo" non compaiono nella legge).

Iniuria ha un significato generico: ciò che avviene contro il diritto; esprime pertanto l'antigiuridicità del comportamento, cui fa seguito la riprovazione. Si può allora pensare che in origine, una volta individuato il nesso causale tra condotta e danno e rilevato che il danno dipende da una condotta che va, senza giustificazioni, contro il diritto, si realizzi un *damnum iniuria datum*.

Assai presto tuttavia l'*iniuria* viene riferita non all'oggettivo collegamento tra condotta e danno, ma alla imputabilità dell'agente, in conseguenza del suo atteggiamento psicologico. Per l'ingiustizia del danno, in assenza di cause di giustificazione (legittima difesa, stato di necessità, adempimento di un dovere), che la escludono in partenza, si fa riferimento all'elemento soggettivo.

Il dolo rappresenta un primo e più semplice criterio. Risponde chi ha deliberatamente cagionato il danno (lo ha fatto apposta!). Più sottile è l'individuazione della responsabilità dovuta non a volontarietà, ma ad anomalie nel comportamento del soggetto (non lo fa apposta, ma è colpa sua). Già nel I secolo a.C. Quinto Mucio Scevola individuava la colpa nel non aver previsto quello che una persona diligente avrebbe potuto prevedere. Colpa significa imperizia, imprudenza, negligenza nella condotta (aver lanciato il giavellotto dove tutti passano). Rispetto al dolo, che si presenta figura unitaria caratterizzata dalla volontarietà dell'evento, la colpa presenta una varietà di gradazioni, dalla colpa *lata*, il non capire quello che tutti capiscono, che viene accostata al dolo, a quella *levissima* che consiste in una minima negligenza o imprudenza. La giurisprudenza tardoclassica, per bocca di Ulpiano, afferma che la responsabilità *ex lege Aquilia* scatta in base alla colpa lievissima (D. 9.2.44 pr.), il diaframma più sottile che passa tra il semplice nesso di causalità e l'imputabilità su base psicologica.

[il collegamento causale (*corpore corpori*)] Il collegamento causale tra attività del soggetto ed evento dannoso fu individuato dalla giurisprudenza attraverso la formula "*corpore corpori*". Il danno è sanzionabile se dato col corpo al corpo, vale a dire se causato direttamente dall'agente con la sua attività fisica (*corpore*, col corpo) e arrecato direttamente all'integrità della cosa (*corpori*, al corpo).

È arrecato *corpore* se si butta lo schiavo nel fiume, dove annega, ma non persuadendolo ad entrare nel pozzo, dove pure fa la stessa fine. È *corpori* se si ferisce uno schiavo, ma non se si libera lo schiavo in ceppi.

In questo modo si identifica un ristretto criterio causale che richiede il contatto fisico tra l'agente e la cosa, e di conseguenza si fissa la nozione di danno come lesione materialmente arrecata.

Il criterio della risarcibilità del danno esclusivamente arrecato *corpore corpori* offre un modulo di nesso causale che però, essendo fondato sull'immediatezza e sul contatto materiale, risulta riduttivo. La condotta omissiva, ad esempio, non cade sotto la legge. A norma dell'Aquilia non risponde chi chiude animali in un recinto facendoli morire di fame dato che quell'attività materiale non è immediata causa della morte (il danno non è arrecato col corpo). Ulteriormente l'assenza di un immediato detrimento fisico (danno non arrecato al corpo, come se si liberi dalle catene lo schiavo purché fugga) impedisce l'applicazione della legge.

Così limitato, il criterio interpretativo appare insufficiente, per cui, tramite l'*interpretatio* dei giuristi, interviene la giurisdizione pretoria.

[il ricorso ad azioni utili e in factum] Gli strumenti sono rappresentati dalle azioni utili e *in factum* (cap. III § 9). Non agevole è stabilire a quale ambito estensivo rispettivamente si applicassero, anche per l'innegabile, seppur discutibile nella quantità, intervento dei compilatori del Digesto sui testi giurisprudenziali in argomento.

Tendenzialmente, ma la linea di demarcazione fra i due rimedi è assai sfumata, l'azione utile viene concessa in assenza di contatto fisico (danno arrecato non *corpore*), mentre l'*actio in factum* pare essenzialmente predisposta per i casi in cui non sia riscontrabile una lesione fisica (danno arrecato non *corpori*).

In questo modo si amplia la nozione di danno considerabile. Il superamento del limite rappresentato dal *corpore corpori* riconduce la punibilità alla possibilità di connettere l'evento alla condotta dell'agente, in dolo o in colpa, in base ad un nesso causale non più tipico, ma desunto come sufficiente dall'esperienza. Il soggetto risponde, per condotta volontaria o negligente, delle conseguenze dannose ricollegabili alla sua azione se non intervengano fatti interruttivi o sostanzialmente modificativi, in base all'esperienza, del nesso causale. Il meccanismo è indiretto, e si dovette utilizzare il sistema pretorio, ma il risultato è il mutamento della nozione di nesso causale e di danno risarcibile.

[la nozione di danno] Per altro verso ancora la giurisprudenza operò sulla nozione di danno. Pur riaffermandone il carattere strettamente patrimoniale, con esclusione del danno morale, l'interpretazione trovò una nozione di danno più aderente alla funzione di reintegrazione patrimoniale. Il danno può andare al di là dello stretto valore della cosa. Se viene ucciso il componente di un complesso di musicisti si stima anche il deprezzamento subito dai rimanenti membri del gruppo. Si considera quindi non il valore di quel singolo servo, ma l'interesse del padrone alla sua integrità. A seguito dell'uccisione di un servo che avrebbe potuto adire un'eredità, si stima anche il valore dell'eredità, che è andata perduta. Si risponde quindi anche per il "lucro cessante" oltreché per il "danno emergente".

Ancora, sembra essere in gran parte già conseguenza dell'attività della giurisprudenza classica, attraverso azioni utili o *in factum*, l'estensione della legittimazione attiva all'azione aquiliana a vantaggio di soggetti diversi dal proprietario quali il comodatario e l'usufruttuario.

[il quadro finale] Il quadro del *damnum iniuria datum* che si presenta dopo lunga evoluzione nel diritto romano ultimo è, per concludere, ben diverso da quello originario. Si tratta ancora di un delitto, e l'azione ha caratteri penali, ma il fine principale perseguito è la reintegrazione patrimoniale; esso ha ancora per oggetto una pena, ma finalizzata al risarcimento.

L'evoluzione innestata sulla formulazione legislativa ha ormai creato la figura dell'illecito civile che abbraccia il danno risarcibile.

La giurisprudenza ha costruito l'elemento psicologico, la condotta tipica è stata convertita in quella produttiva di danno (non interessa il modo della condotta ma il risultato del detrimento patrimoniale).

La nozione di danno risarcibile si è allargata alla stima della cosa secondo la valutazione dell'interesse del proprietario. Il nesso causale, prescindendo dalla materialità del contatto, identifica solo la successione fisica degli eventi. Sulla strada già ampiamente tracciata dai classici, attraverso azioni utili e *in factum*, i giustinianeî proseguono con estensioni e generalizzazioni che consentono l'utilizzazione dell'*actio legis Aquiliae* (diretta, utile e *in factum*) praticamente a ogni ipotesi di danno extracontrattuale. Si elabora quella che i bizantini successivamente chiameranno "azione generica nel fatto per l'indennizzo".

Resta tuttavia un dato ineliminabile, ontologicamente legato alla ormai lontana *lex Aquilia* (significativamente non più menzionata nelle fonti postclassiche occidentali): il riferimento al maggior valore nei termini dell'anno e dei trenta giorni e non a quello attuale.

Essendo potenzialmente produttiva di un'eccedenza rispetto al danno, il suo carattere penale non può essere negato. Ma rispetto agli altri delitti privati, il danneggiamento è ormai su una strada diversa. La estranea o non sufficientemente emersa funzione risarcitoria delle azioni derivanti dal furto, dalla rapina e dall'ingiuria, li farà assorbire dal sistema dei delitti pubblici, mentre il *damnum iniuria datum* rifluirà totalmente nel privato identificandosi col caso tipico di responsabilità extracontrattuale.

21. Cont.: le ingiurie

Iniuria, spiegano le Istituzioni di Giustiniano (4.4 pr.), significa genericamente contrarietà al diritto.

Ma con *iniuria* specificamente si indica anche una figura delittuosa che nel suo compiuto sviluppo accomuna atti volti a ledere l'integrità fisica o morale di una persona.

[le previsioni delle XII tavole] L'ingiuria non nasce come figura unitaria genericamente repressiva di atti lesivi della persona, ma è il risultato dell'aggregazione di singole previsioni dovute prima alla legge delle XII tavole e quindi all'intervento del pretore.

La disciplina degli atti di ingiuria nelle XII tavole era realizzata attraverso tre diverse disposizioni, funzionali esclusivamente alla tutela dell'integrità fisica del sog-

getto passivo.

Una prima norma è relativa al “*membrum ruptum*”. Si tratta verosimilmente (la ricostruzione delle antiche fattispecie dell'*iniuria* è controversa) del caso di asportazione o di provocata inutilizzabilità di un arto o di un organo.

Per questa ipotesi, le XII tavole stabiliscono ancora la pena del taglione; l'offeso può vendicarsi attuando la stessa menomazione sul corpo dell'offensore. La norma è tuttavia temperata dalla possibilità di accordarsi, in alternativa, per il pagamento di una somma di denaro (tab. VIII.2: “se asportò un membro, e non viene a patti [*pacit*] con l'offeso, abbia luogo il taglione”).

La seconda fattispecie presa in considerazione dal codice decemvirale è quella dell’“*os fractum*” (osso fratturato).

L'offesa in questo caso è meno grave, risultando comunque ridotta la (del resto eventuale) menomazione permanente conseguente all'illecito. La sanzione è una pena pecuniaria fissa (300 assi se la vittima è un libero, 150 assi se si tratta di un servo).

Infine, per ogni altra offesa, da intendersi come atto di violenza non produttivo di conseguenze permanenti per l'integrità corporale (come schiaffi, percosse), era stabilita una pena pecuniaria fissa di 25 assi.

[insufficienze del sistema] Le inadeguatezze del sistema risalente alla legge antica sono palesi e incompatibili con una società più evoluta. Un residuo di altri tempi appare la legge del taglione. Le pene fisse, data la svalutazione, appaiono inadeguate. Celebre la vicenda, che leggiamo in Gellio (*Notti Attiche* 20.1.13), di quel cavaliere romano che per divertimento prendeva i passanti a sberle, tacitandoli immediatamente, a norma di legge, con i venticinque assi previsti. Infine la vecchia legislazione, partendo da una nozione fisica dell'offesa, non era idonea a proporsi come strumento di tutela contro l'attentato all'onore, al decoro, alla dignità della persona, valori cui la società apparve sempre più sensibile.

[l'intervento del pretore] Anche qui il superamento del pregresso sistema è dovuto alla giurisdizione del pretore che, superando il sistema delle pene fisse e prendendo in considerazione tutta la gamma dei fatti lesivi della personalità, crea sostanzialmente la figura unitaria del delitto di ingiuria.

Il pretore anzitutto introduce (forse nel II secolo a.C.), portando così alla scomparsa del sistema del taglione e della pena fissa, uno strumento che consente la corrispondenza della sanzione patrimoniale all'entità dell'offesa. È la decisione di un giudice a stabilirla, mentre in precedenza valevano solo la predeterminazione legislativa o l'accordo delle parti.

[l'azione di stima delle ingiurie] Viene per questo introdotta una “azione di stima delle ingiurie” (*actio iniuriarum aestimatoria*) per la quale il giudice o i *recuperatores* possono condannare secondo quanto loro sembri, in relazione alle circostanze, giusto e opportuno (*in bonum et aequum*).

La decisione segue dunque un criterio equitativo e trova di solito un limite nell'indicazione, inserita nella formula, di un massimo della pena (*taxatio*).

[l'ingiuria “atroce”] Se l'ingiuria è molto grave (*atrox*) è in sostanza il pretore a determinare l'ammontare della condanna, seppur in via indiretta, col fissare la somma

del *vadimonium* (cap. III § 6). Da quella indicazione difficilmente il giudice si discosta.

L'ingiuria è di particolare gravità (*atrox*) o per il fatto in sé (ferite, lesioni), o per il luogo (offese in pubblico), o per la posizione sociale dell'offeso (di alta condizione: come un senatore) o dell'offensore (di bassa condizione: come un liberto).

[la tutela della sfera morale] Oltre ad operare sulle modalità sanzionatorie, il pretore interviene per reprimere le offese alla sfera morale attraverso una serie di previsioni edittali i cui rapporti di cronologia e di contenuto con l'azione generale sono discussi. Di certo vi è che il sistema classico, completatasi l'evoluzione, utilizza come strumento repressivo del delitto privato d'ingiuria la generale azione di stima delle ingiurie (*actio iniuriarum aestimatoria*) che adegua, in forza di valutazione equitativa, la pena alla fattispecie illecita e recepisce ampiamente le istanze che vogliono tutelata anche l'integrità morale della persona.

A questo proposito l'editto prevede specificamente come fattispecie sanzionabili il *convicium*, offesa verbale arrecata a più voci, poi genericamente l'insulto, l'*atemptata pudicitia*, offesa al pudore di una madre di famiglia o di giovani d'ambo i sessi, l'*infamatio*, diffamazione con parole o scritti, che, attraverso l'interpretazione estensiva della giurisprudenza, permise di far rientrare nell'*iniuria* anche offese non espressamente previste.

Va notato che, nonostante l'*iniuria* classica sia, come si è visto, di matrice pretoria, questa figura appartiene al novero dei delitti civili in quanto l'origine va ricercata nella previsione della legislazione decemvirale.

[ingiurie indirette] L'ingiuria può essere arrecata anche indirettamente, con offesa a persone soggette a potestà (schiavi o discendenti) ovvero alla moglie anche non più sottoposta alla *manus*. Va osservato che, per quanto concerne il servo, l'ingiuria deve essere grave (flagellazione, tortura), sì da risultare offesa al padrone. Ulteriormente, al diritto del marito ad agire per l'ingiuria arrecata alla moglie non corrisponde un'analoga facoltà di costei: ancora le Istituzioni di Giustiniano (4.4.2) trovano “ragionevole che le mogli siano difese dai mariti, e non i mariti dalle mogli”.

[il concorso con la repressione pubblica] Determinante per l'evoluzione del delitto privato di ingiuria fu il parallelo affermarsi di una repressione pubblica di talune fattispecie qualificate. Tale processo prende le mosse da una legge Cornelia (*de iniuriis*), dovuta a Silla (81 a.C.), che individuava tre fattispecie: le percosse, le fustigazioni, la violenta violazione di domicilio.

In questi casi era data specifica azione per una pena pecuniaria, sulla cui natura molto si è discusso. Secondo un'opinione plausibile, l'azione, di carattere privato, e quindi esperibile solo dall'interessato, innescava un giudizio davanti alle corti criminali.

Il processo di pubblicizzazione della repressione dell'*iniuria*, che si accentua progressivamente e colpisce le ipotesi più gravi e singolari, comporta conseguenze sulla connotazione del delitto privato.

Questo, per la sussunzione nella repressione pubblica delle fattispecie più gravi, viene ormai ad identificarsi, nella fase ultima, con gli attentati di minor peso all'onore e all'integrità morale, avvicinandosi a quello che è il significato a noi noto e fa-

miliare. È possibile ormai, nel tardo classico, agire, per varie fattispecie, o in penale (criminale) o in civile. Si pone così il problema del concorso. Già per la legge Cornelia i giudizi si ponevano come alternativi; da un testo di Paolo (D. 47.10.6) si desume ancora l'alternativa, quale che sia il primo giudizio esperito. Nel mondo postclassico il processo di trasformazione dell'*iniuria* in delitto pubblico si è ulteriormente accentuato: con Giustiniano si può comunque scegliere se agire “in penale” (*criminaliter*) o “in civile” (*civiliter*). Nel primo caso si persegue una pena pubblica ad arbitrio del magistrato, nel secondo la pena pecuniaria.

[caratteri dell'azione] Tra tutte le azioni penali, quella per ingiurie è la più legata all'idea della vendetta, come risulta anche dal suo regime di intrasmissibilità attiva (§ 17).

Giustiniano tuttavia non la menziona accanto al furto tra le penali e, mentre colloca tra le azioni miste quelle per rapina e per danneggiamento, la ignora all'interno del suo nuovo assetto divisorio.

Questo potrebbe essere il segno di un'incertezza dogmatica. L'idea di vendetta e di sanzione è ormai nella dimensione della repressione pubblica; il delitto privato si apre a finalità di pena risarcitoria.

Nel caso di ingiuria a un servo comune, il criterio della solidarietà impone la regola che ogni proprietario ha diritto all'intera stima (I. 4.4.4). Tuttavia in un passo del Digesto (47.10.16), attribuito a Paolo ma che una mano successiva potrebbe aver alterato, si afferma che la condanna deve essere proporzionale alla quota di proprietà. Altrove, in una costituzione di Diocleziano, ripresa da Giustiniano nel Codice (9.35.8), si afferma che l'azione per ingiuria al servo comprende anche il danno, mentre in origine nell'*iniuria* non si riscontrava la lesione di un interesse patrimoniale (vedi D. 9.2.5.1). Può essere indizio di un possibile fluttuare dell'*actio iniuriarum* verso il concetto di azione mista in cui si assommano finalità risarcitorie e penali.

22. I quasi delitti

Con “quasi delitti” si indicano, semplificando, alcuni fatti illeciti produttivi di obbligazioni (nella quadripartizione giustinianea classificate come “quasi da delitto”) che nell'opera attribuita a Gaio (le *Res cottidianae*) rientravano tra le cause di diversa struttura (*variae causarum figurae*), non rientranti né fra i contratti né fra i delitti, benché a questi affini.

[categoria residuale] Si tratta quindi di una categoria residuale, ma non nel senso che raggruppi tutti gli illeciti, di origine civile o pretoria, fuori dei quattro tipici già veduti. Vi rientrano solo alcune figure, ed anche i criteri della scelta non sono sicuramente accertabili.

Non vi compaiono gli illeciti minori di derivazione civilistica (§§ 17, 20), avendo tutti in comune l'origine dal diritto onorario. Ma anche sotto questo profilo gli elenchi, che propongono solo quattro fattispecie, non sono completi. Restano fuori, per menzionare le più importanti, azioni come quelle predisposte dal magistrato

contro il dolo e la violenza (cap. IV § 4) e l'azione per corruzione di servo concessa, in assenza di danno fisico (*corpori*), contro chi avesse nuociuto alle sue qualità morali (D. 11.3).

Se un elemento di coesione tra queste quattro tipologie può essere ritrovato nella comune derivazione dal diritto pretorio, resta da chiedersi perché rimangano fuori altri illeciti pretori.

Forse l'elemento unificatore va individuato, peraltro in negativo, in questo: che non si ritiene necessaria, per il realizzarsi della fattispecie illecita, la sussistenza del dolo su cui generalmente, salvo il caso del danno aquiliano, si fonda la responsabilità per delitto.

Non sicuramente individuabile è un possibile dato unificatore positivo, al di là di esigenze sistematiche. In diritto giustiniano peraltro, anche a seguito di precedenti impulsi, i quasi delitti sembrano essere accomunati da questo: che per il realizzarsi della figura delittuosa, è sufficiente la colpa, che viene variamente portata alla luce come elemento della fattispecie, coerentemente con la tendenza a cercare un criterio soggettivo di attribuzione della responsabilità.

[le fattispecie:] I quattro casi sono quelli del giudice parziale (*iudex qui litem suam facit*), delle cose gettate o versate (*effusa et deiecta*), ovvero posate o sospese (*posita et suspensa*) e infine della responsabilità dell'esercente (*exercitor*) per furti o danni in navi, locande, stallaggi. Vediamoli in breve.

[giudice parziale] Nel primo caso è sanzionato il comportamento del giudice che arreca danno alla parte, comportandosi scorrettamente nella conduzione del processo ovvero nel pronunciare la sentenza. (Nel processo formulare è parziale il giudice che condanna non attenendosi alle indicazioni del pretore nella *condemnatio*: Gai. 4.52). Spetta al danneggiato un'azione *in factum* volta a una pena fissata secondo equità.

In diritto classico la responsabilità quantomeno con riferimento all'emanazione della sentenza, pare esser stata conseguente al dolo. In un (peraltro problematico) frammento di Ulpiano (D. 5.1.15.1) infatti identifica il *litem suam facere* col giudicare *dolo malo* in frode alla legge. Le Istituzioni di Giustiniano (4.5 pr.), seguendo le *Res cottidianae*, sul punto difficilmente ascrivibili alla classicità, tengono responsabile il giudice anche per colpa. L'aggravamento della responsabilità nel periodo ultimo si accorda col nuovo ruolo del giudice, che nel processo *extra ordinem* esplica funzioni pubbliche.

[cose gettate o versate] Danni possono essere causati dal versamento di cose liquide (*effusa*) o dal getto di cose solide (*deiecta*) da un edificio sul sottostante suolo pubblico. Risponde chi ha la responsabilità dell'abitazione. Se in conseguenza del fatto muoia un uomo libero, chiunque potrà intentare azione (azione popolare) al fine di ottenere una pena fissa (50 aurei all'epoca di Giustiniano); se il libero sia soltanto ferito, vi sarà un'azione analoga a quella spettante per ingiuria, diretta a un ammontare stabilito secondo equità; infine, per danni a cose, spetterà al loro proprietario un'azione nel doppio del valore.

La responsabilità dell'abitante dell'edificio ha, in diritto classico, carattere oggettivo. Data la difficoltà di identificare l'autore del gesto (frequentemente un sottopo-

sto, discendente o servo) si va contro chi ha la disponibilità dell'immobile. Il diritto più recente, tuttavia, tende a interpretare la responsabilità sotto l'angolazione della colpa (vedi D. 9.3.6.2 attribuito a Paolo, ma di possibile fattura giustiniana).

[cose posate o sospese] L'azione per cose posate o sospese è rivolta contro chi su una parte di un edificio abbia appoggiato o sospeso qualche cosa che, cadendo, possa nuocere a qualcuno.

La semplice situazione di pericolo legittima qualunque cittadino a intentare causa (azione popolare) per una penale fissa (dieci aurei in diritto giustiniano).

Il regime di questo illecito, non produttivo di danno ma solo di pericolo, è meno rigoroso. La responsabilità sembra essere per fatto proprio, come dimostra anche una diversa formulazione dell'editto (in D. 9.3.5.6) rispetto al caso precedente. Significativa ancora è la precisazione che il padrone è direttamente tenuto per l'agire del servo solo se lo abbia tollerato, agendo quindi con colpa; diversamente la sua responsabilità è correlata alla solita azione nossale (D. 9.3.5.10).

[esercenti navi, locande, stallaggi.] L'ultimo dei quasi delitti disciplina la responsabilità, assunta o meno col *receptum* (§ 15), degli esercenti una nave o una locanda o uno stallaggio per furti e danneggiamenti verificatisi nei luoghi suddetti. L'azione per il furto, modellata su quella per furto non manifesto, è nel doppio e spetta all'ospite anche se le cose non siano state poste sotto la custodia dell'esercente.

La responsabilità ha carattere oggettivo giacché il titolare risponde del verificarsi del fatto, se imputabile ai collaboratori o di incerta attribuzione (restando individuabile, per la sua personale condotta, una eventuale responsabilità da delitto). Tuttavia in testi attribuiti a giuristi classici (tra cui le *Res cottidianae*) e infine nelle Istituzioni di Giustiniano il fondamento di questa responsabilità viene trovato in un particolare tipo di colpa, poi detta *culpa in eligendo* (nello scegliere), in cui è incorso l'esercente per esser ricorso, per la sua attività, all'aiuto di collaboratori inidonei o disonesti. Si dice che egli “ha un certo grado di colpa per essersi servito dell'opera di uomini malvagi” (I. 4.5.3). Proprio per questo, proseguono le Istituzioni, “egli appare tenuto quasi per delitto”. Col che si dimostra, almeno per diritto giustiniano, la volontà di trovare nella colpa un possibile elemento unificante delle eterogenee fattispecie comprese nelle obbligazioni quasi da delitto.

23. Le garanzie delle obbligazioni

[garanzie personali] In questo paragrafo ci occuperemo soltanto delle garanzie personali, ossia di quei vincoli obbligatori che, legando al creditore soggetti ulteriori, gli offrono una più ampia possibilità di agire per la soddisfazione del proprio diritto. Per le garanzie reali si rinvia a quanto esposto in altre sedi (*fiducia*: § 7; pegno e ipoteca: cap. V § 13).

A dire il vero, anche alle garanzie personali si è avuto modo di accennare in precedenti luoghi – di una in particolare, il *constitutum debiti alieni*, si sono già forniti i ragguagli compatibili con una trattazione istituzionale (§ 15) – e, soprattutto, si è cercato di mettere a fuoco la riconoscibile valenza di garanzia connessa alle figure

che stanno alla radice dell'*obligatio*: si pensi ai *vades*, ai *praedes*, nonché alla stessa *sponsio*, la quale anzi, secondo alcuni studiosi, avrebbe originariamente esaurito in tale ambito la sua funzione.

Svincolata da un simile nesso univoco, o preferenziale, con la finalità garantistica, la *sponsio-stipulatio* resta comunque per tutto l'arco storico del diritto romano il contratto che identifica la forma di garanzia personale per antonomasia.

[caratteri comuni] Premessi rapidamente alcuni dati di fondo – e cioè che l'invalidità dell'obbligazione principale coinvolge anche quella di garanzia; che l'estinzione della prima produce analogo effetto sulla seconda; e che il garante può obbligarsi in misura più tenue (quanto all'ammontare, al tempo, ecc.) ma non in misura più grave rispetto al debitore principale – nell'ambito della stipulazione di garanzia si distinguono tre figure, due delle quali tuttavia assimilabili tra loro per vari aspetti: la *sponsio* e la *fidepromissio* da un lato, la *fideiussio* dall'altro.

[sponsio, fidepromissio, fideiussio] Se partiamo dal presupposto di una contemporanea presenza di creditore, debitore principale e garante, il primo, dopo aver interrogato il secondo, rivolge allo *sponsor*, o al *fidepromissor*, o al *fideiussor*, la domanda: *idem dari spondes?* (“prometti solennemente di dare lo stesso?”), o *idem fidepromittis?* (“prometti in fede lo stesso?”), o *idem fide tua esse iubes?* (“presti fideiussione per lo stesso?”). Il garante risponde nel modo che conosciamo (§ 8).

Nella *fideiussio* può però aversi negozio di garanzia non concluso contestualmente, ma in un momento anteriore o successivo (I. 3.20.3). In tal caso il riferimento all'obbligazione principale dovrà essere necessariamente più circostanziato: “Presti fideiussione che si diano gli stessi cento che darò (o “diedi”) a mutuo a Tizio?”.

[solidarietà passiva] Nasce, nella *stipulatio* di garanzia, una obbligazione assimilabile alle solidali passive, la cui disciplina ci è nota (§ 3). La regola base – poi variamente mitigata – è che il creditore colpisce chi vuole: può convenire il debitore principale, ma può anche convenire subito il garante che, in tal caso, non ha vie per sottrarsi all'azione. Come il pagamento di uno, così la *litis contestatio* nei confronti di uno estingue tanto l'*obligatio* principale quanto quella di garanzia.

[regresso] Sul presupposto del mero negozio di garanzia, chi paga non ha regresso verso il primo obbligato: *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*, in altri termini, rendono chi le presta un soggetto passivo e di per se stesse non gli conferiscono diritti nei confronti di colui per il quale ha adempiuto (la *lex Publilia* [IV-III secolo a.C.] concesse però allo *sponsor* un'azione nel doppio, detta *actio depensi* [azione di speso]).

Il regresso è fondato sul contesto causale sottostante: ad esempio, Tizio può garantire un debito di Caio mosso da spirito di liberalità, assumendosi quindi il rischio di un pagamento senza rivalsa. In questa evenienza è ovvio che il regresso va escluso. Tizio, però, potrebbe aver ricevuto incarico da Caio di garantirgli il debito in forza di un mandato: avrà allora, in virtù di tale rapporto, l'*actio mandati contraria*. La prestazione di garanzia può pure configurarsi come un atto spontaneo compiuto da Tizio nel quadro di un'utile gestione di affari: sussistendone i presupposti, egli potrà agire contro il gerito con l'*actio negotiorum gestorum contraria*. L'elaborazione giurisprudenziale, causa liberale a parte, arriva poi ad ammettere regresso in ogni caso: se il debitore principale sa, si configura un mandato; se non sa, una gestione di affa-

ri.

Ritorniamo ora a *sponsio*, *fidepromissio*, e *fideiussio*.

[sponsio] La *sponsio* è certo la più antica: come sappiamo, essa nasce e resta praticabile solo tra cittadini romani. **[fidepromissio]** La *fidepromissio* ha lo stesso spettro di azione della *sponsio*, nel senso che, come quella, può garantire solo obbligazioni verbali, ma è aperta anche agli stranieri.

[fideiussio] La *fideiussio* è di origine ancora più recente – non a caso nelle opere di Cicerone (I secolo a.C.) il suo nome non compare – e ha il campo operativo più esteso: può infatti garantire ogni sorta di obbligazioni, comprese quelle naturali (§ 3). Affiancatasi ai primi due tipi di negozi verbali di garanzia, la *fideiussio* finisce poi, nell'epilogo dell'età classica, col sopravvivere a questi, rimanendo la sola, in seguito deformalizzata e assorbita nel documento scritto secondo le modalità che già ci sono note.

Finché con le altre convive, si rivela nondimeno la forma di garanzia che maggiormente espone chi la presta: basti pensare che il debito del fideiussore è trasmissibile agli eredi – non così per *sponsio* e *fidepromissio* – e che non partecipa di tutta una serie di benefici e attenuazioni di responsabilità che diverse leggi via via concedono a *sponsores* e *fidepromissores*. Così, la *lex Furia de sponsu* (inizi del II secolo a.C.) stabilì che dopo due anni costoro fossero liberati e che il creditore, in caso di più garanti, potesse chiedere a ciascuno soltanto la sua parte (cioè la frazione che si ottiene dividendo l'ammontare del debito per il numero degli *sponsores* o dei *fidepromissores*) ma tale norma non fu estesa in seguito ai fideiussori, obbligati in perpetuo e sempre solidalmente, per cui il creditore poteva esigere l'intero da chi preferiva. Nel II secolo d.C., Adriano tuttavia stabilì che il creditore fosse tenuto a pretendere da ogni *fideiussor* idoneo solo la sua quota (c.d. *beneficium divisionis*), nel senso che se di due fideiussori uno è solvibile e l'altro no, il primo risponde per il totale; ma se siano idonei entrambi, il creditore a entrambi deve rivolgersi, esigendo da ciascuno la metà (Gai. 3.121).

[beneficium excussionis] Con la Nov. 4 pr. e 1, Giustiniano introduce nel nostro ambito il c.d. *beneficium excussionis* a favore di chi prestò fideiussione. La regola ora fissata impone al creditore di rivolgersi in prima battuta al debitore principale: solo se tale operazione non sortisce l'effetto desiderato, egli potrà procedere contro il garante per ottenere da lui l'intero o quella parte che non ha conseguito dal primo obbligato. Questa norma, che tra l'altro riguarda anche il mandato di credito (vedi poco oltre) e il *constitutum debiti alieni* (§ 15), a detta di Giustiniano non farebbe che riprendere e precisare il disposto di un'antica legge non confermata dall'uso, anche – sembra di potersi ricavare dalle parole della Novella – a causa delle fattispecie che lasciava prive di disciplina. In realtà l'apparato testuale in nostro possesso fornisce solo labili appigli alla ricerca di un precedente classico del beneficio, che pertanto, in questa veste, è da ritenersi di esclusiva matrice giustiniana.

[mandato di credito] Altra forma di garanzia personale è il mandato di credito (*mandatum pecuniae credendae*), detto anche mandato qualificato. Esso non è, evidentemente, che una particolare tipologia del contratto consensuale che già abbiamo esaminato.

Gaio (3.156) spiega che se Tizio genericamente incarica Caio di dare a prestito il suo denaro non si ha mandato, perché tale incombenza (*sua gratia*) appare piuttosto un consiglio, inidoneo a generare *obligationes*. Se però Tizio dà incarico a Caio di concedere cento a mutuo a Sempronio, il mandato è valido e produce gli effetti a noi noti (§ 13).

L'istituzionista classico afferma di seguire sul punto il parere di Massurio Sabino, il quale probabilmente ragionò nel senso che un tale incarico appariva conferito *tua et aliena gratia*, ossia nell'interesse congiunto del mandatario e di un terzo (nel nostro esempio Sempronio) e rientrava perciò nella regola.

Come poi esso funzioni nella indicata direzione di garanzia è abbastanza evidente: il mandatario-mutuante, qualora il mutuatario non adempia, può intentare l'*actio mandati contraria* contro il mandante e ottenere il dovuto. Questo, almeno, in origine: ben presto però si ammise che, come nel caso di obbligazioni solidali, il creditore potesse agire indifferentemente nei confronti del mandante o del mutuatario, non applicandosi peraltro, in presenza di più mandanti, il *beneficium divisionis* introdotto da Adriano per i fideiussori.

[avvicinamento alla stipulazione di garanzia] In diritto giustiniano, dopo un sensibile processo di osmosi tra stipulazione di garanzia e mandato di credito, le differenze residue appaiono marginali. La più rilevante è collegata alla necessaria presenza delle parti (nel senso già visto: § 8) per il primo contratto, non richiesta invece per il negozio consensuale di mandato. Come anticipato, lo stesso Giustiniano con la Nov. 4 pr., 1 accorda anche al mandante di credito il *beneficium excussionis*. L'imperatore pochi anni prima aveva provveduto ad estendere al mandato qualificato il *beneficium divisionis* (così va letta C. 4.18.3, del 531), onde il provvedimento della Nov. 4 si pone anche come l'ultimo tassello di una sostanziale unificazione.

24. La trasmissione delle obbligazioni

[cause di trasmissione] Il discorso va condotto su due diversi piani: quello delle *successiones* e quello dei trasferimenti a titolo particolare. Quanto al primo, occorre ulteriormente distinguere tra efficacia per diritto civile e efficacia per diritto pretorio.

Procediamo con ordine.

[successione a causa di morte] Fin dall'epoca della legge delle XII tavole è attestata la trasmissione ereditaria delle obbligazioni: di regola, dunque, l'erede, in virtù del suo titolo, diventa creditore e debitore in quei rapporti in cui figurava, rispettivamente, come creditore e debitore il defunto. Qualora vi siano più eredi, la trasmissione *mortis causa* del credito e del debito in capo a ciascuno avviene in ragione della sua quota ereditaria: da una (presumibile) originaria solidarietà, il codice decemvirale passa, insomma, a un regime parziario (XII tab. V.9).

La regola generale poco sopra enunciata soffre tuttavia di alcune eccezioni, anche di rilievo, connesse alla trasmissibilità delle *actiones in personam*: è un caso in cui il dato processuale incide in via diretta sulla situazione sostanziale facendo tutt'uno

con questa, come due facce di una stessa medaglia. Così l'*obligatio* a carico dell'autore di un delitto è intrasmissibile dal lato passivo – l'erede di chi causò un danno non può essere convenuto con l'azione della legge Aquilia –, mentre nemmeno dal lato attivo vi è subentro nell'obbligazione nascente da ingiurie, onde, morta la vittima, il successore di questa non può agire. In campo contrattuale, non si trasmette il credito dell'*adstipulator* (§ 25); parimenti, sul versante passivo, il debito dello *sponsor* e del *fidepromissor* (§ 23) si estingue con la morte di costoro.

[successioni tra vivi] In caso di arrogazione e di *conventio in manum* di donna *sui iuris*, per diritto civile si acquistano all'arrogante e al titolare della *manus* i crediti che vantava il *capite deminutus*. Per quanto concerne i debiti, si ha acquisto per diritto civile solo di quelli ereditari, ma non degli altri, perché non si ammette che il sottoposto possa rendere deteriore la posizione patrimoniale dell'esercente potestà. Può tuttavia parlarsi di sopravvivenza dei debiti per diritto pretorio, visto che, al fine di evitare un ingiustificato lucro del *sui iuris* che si sottopone alla *potestas* di altri nonché un facile mezzo fraudatorio, il pretore dà ai creditori dell'arrogato e della donna la facoltà di agire contro questi con un'*actio utilis*, come se la *capitis deminutio* non avesse avuto luogo.

Trasmissione delle obbligazioni sempre e solo pretoria si riscontra infine nella *bonorum possessio* e nella *bonorum emptio*: anche in tali frangenti ricorre meccanismo analogo; ovvero, per il *bonorum emptor*, la soluzione tecnica della *formula Rutiliana* (vedi cap. III § 11).

[inammissibilità di trasmissione a titolo particolare] Passiamo ora alla trasmissibilità *inter vivos* a titolo particolare, per cui il discorso appare subito univoco: si tratta di un risultato che il diritto non contempla. Gaio (2.38) lo spiega in forma puntuale: in nessuno dei modi in cui si trasferiscono le cose corporali – egli dice – (e anche talune *res incorporales* come l'eredità, potremmo aggiungere noi, pensando alla *in iure cessio*) possono trasmettersi le obbligazioni. **[delegazione]** Per queste può operare la novazione soggettiva, o delegazione (§ 25), nel senso che se Tizio vuole che ciò che gli deve Caio sia dovuto a Sempronio, può ottenerlo facendo sì che, dietro propria autorizzazione, Caio prometta a Sempronio la medesima prestazione; la quale, a questo punto, sarà dovuta al nuovo stipulante (delegazione attiva). Parimenti se Caio, debitore di Tizio, vuole che ciò che egli gli deve sia dovuto da Sempronio, deve autorizzare quest'ultimo a promettere a Tizio la medesima prestazione (delegazione passiva o espromissione).

[(caratteri)] Due aspetti vanno tuttavia sottolineati. In primo luogo non si tratta di passaggio – dal lato passivo o attivo – dell'*obligatio* preesistente, ma di sua estinzione con sostituzione di un nuovo vincolo in cui è mutato uno dei soggetti (il debitore o il creditore). In secondo luogo occorre sempre la cooperazione del debitore o del creditore ceduto: contro il volere di questi nessuna novazione soggettiva è possibile.

[cognitor e procurator in rem suam] L'intrasmissibilità a titolo particolare delle obbligazioni può essere però aggirata, nel regime del processo formulare, con lo strumento della sostituzione cognitoria o procuratoria.

Entrambe le figure, nelle loro linee generali, sono note (cap. III § 9): per quanto

concerne il nostro tema, Tizio, creditore di Caio, nomina come *cognitor* o *procurator* Sempronio perché agisca in giudizio al posto suo: nell'*intentio* compare il nome del *dominus*, nella *condemnatio* quello del rappresentante processuale (Gai. 4.86). Poiché preventivamente Tizio e Sempronio si sono accordati nel senso che quest'ultimo tenga per sé l'oggetto della condanna senza renderne conto al titolare e riversarlo nella sua sfera, si capisce come attraverso il meccanismo della *procuratio in rem suam* (rappresentanza nel proprio interesse) qui descritto si raggiunga, grazie pure a una simulazione, l'effetto pratico del trasferimento. La valenza consuntiva della *litis contestatio* fa sì che il cedente non possa più agire a titolo personale, cosa che, fino a quel momento, è in realtà possibile, perché il suo rapporto con il cessionario non risulta idoneo, di per sé, a sortire effetti per il debitore ceduto.

La forma di cessione in commento si innesta necessariamente in una causa negoziale, che può essere gratuita, come la donazione (cap. VII § 12), o onerosa, come la compravendita. In quest'ultimo caso tuttavia la garanzia che fa capo al cedente non è che quella relativa all'esistenza del credito (*nomen verum*), essendo egli esonerato da quella concernente la effettiva soddisfazione dello stesso (*nomen bonum*).

In età postclassica, mentre – stante la scomparsa del processo formulare – la cessione di credito tende a semplificarsi, arrivando forse a coincidere con la stessa nomina di un soggetto a *procurator in rem suam*, si assiste a una serie di interventi imperiali tesi a limitare, in vario senso, il negozio in parola.

[divieti di cessione dei crediti] Nel 422, Onorio (C.Th. 2.13.1) tenta di porre un freno alla prassi di affidare l'esazione di crediti a *potentes*, soggetti al cui soverchiante peso economico-sociale si affianca un atteggiamento di chiaro stampo intimidatorio. Non si tratta, come a lungo si è ritenuto, di una vera e propria cessione, quanto piuttosto di una sorta di sicuro e sbrigativo recupero-crediti, ottenuto mediante la consegna a tali “patroni” dei documenti probatori (*cautiones*). La sanzione consiste nella perdita del credito in capo al titolare, che risulta, a ben guardare, l'unico soggetto sicuramente colpito. Nonostante la portata originaria della legge di Onorio, l'evoluzione giuridica successiva fonda su tale norma un vero e proprio divieto di *cessio in potentiorum* (cioè di trasferimento del credito a un *potens*). Nel 506, Anastasio (C. 4.35.22) sancì che il cessionario non potesse conseguire dal debitore ceduto più di quanto non gli fosse costato l'acquisto del credito ora fatto valere; principio in seguito fatto proprio da Giustiniano.

25. I modi di estinzione delle obbligazioni

[specularità con le fonti delle obbligazioni] Generate, come si vide al § 5, da atti o fatti giuridici chiamati comunemente fonti, le obbligazioni da altri atti e fatti giuridici vengono estinte. Fra quelle e queste cause esiste una evidente specularità, che per l'epoca più antica non si muove solo su un metro piano logico, ma anche su uno strettamente formale.

[(la sintesi di Pompionio {da Quinto Mucio})] È opportuno a questo punto considerare un testo illuminante: D. 46.3.80 (Pomponio, nel 4° libro a Quinto Mucio) “come cia-

scun rapporto obbligatorio è stato contratto, così analogamente deve essere sciolto. Così quando l'avremo contratto mediante cosa, mediante cosa deve essere sciolto: ad esempio, allorché abbiamo dato un mutuo, in maniera che debba essere sciolto con la restituzione di altrettanto denaro. E quando ne abbiamo contratto uno mediante parole, o mediante cosa o mediante parole l'obbligazione deve essere sciolta: mediante parole, ad esempio quando si fa l'*acceptilatio* [vedi poco oltre] nei confronti del promittente; mediante cosa, ad esempio quando egli corrisponde ciò che ha promesso. Parimenti quando è stata contratta una compera o una vendita o una locazione, posto che le si può contrarre con il nudo consenso, anche con accordo in senso contrario le si può sciogliere”.

In questo brano del Digesto, escerpito dal commento di Pomponio (II secolo d.C.) all'opera in diciotto libri di Quinto Mucio Scevola (II-I secolo a.C.), all'originario dettato del trattatista repubblicano si sovrappone, riconoscibile, una successiva stratificazione testuale dovuta al più tardo giurista medioclassico autore del frammento (e nemmeno è da escludersi – vedi oltre – un finale intervento ascrivibile ai commissari giustiniane).

Quali dati possiamo ricavare con sufficiente sicurezza ai fini dell'argomento ora trattato?

Innanzitutto un principio generale, da ritenersi originario e al contempo risalente: il modo con cui l'*obligatio* si contrae – nel senso che la si fa nascere (§ 5) – coincide con quello tramite il quale poi la si estingue; occorre cioè un atto formalmente analogo ma di direzione contraria.

All'enunciazione del canone – “come ciascun rapporto obbligatorio è stato contratto, così analogamente deve essere sciolto” (parole, probabilmente, di Quinto Mucio) – fanno seguito gli esempi: in uno di essi, il secondo, non è però difficile scorgere una sfasatura logica.

Tutto bene per il caso del mutuo, ove l'obbligazione nasce *re* (§ 7) e, in effetti, si capisce come alla stessa maniera si sciogla: Tizio ricevendo una certa quantità di cose fungibili si obbliga, restituendone altrettante si libera. La medesima simmetria è conservata nell'esempio finale a proposito dell'obbligazione sorta da (mero) consenso che può essere estinta per mutuo dissenso (vedi oltre); sebbene, a dire il vero, questo non sia né il solo modo né il principale.

La sfasatura a cui si alludeva è tuttavia palese a proposito dell'obbligazione verbale (secondo esempio): l'*obligatio* generata mediante parole solo mediante parole ci si attenderebbe che debba essere estinta. Senonché a questo proposito, oltre che all'*acceptilatio*, che configura – lo vedremo poco sotto – un atto verbale, si nomina anche lo scioglimento *re*, ossia mediante cosa, e adesso i conti non tornano più: l'assunto iniziale finisce contraddetto senza scampo, perché se l'obbligazione come si contrae così si scioglie, non si comprende come un vincolo generato *verbis* (con parole) si possa distruggere anche *re* (dando una cosa). Siamo insomma passati, in questo ambito, dal piano della doverosità (“così analogamente "deve" essere sciolto”) a quello della mera possibilità.

Il passo in parola contiene in realtà un condensato di storia giuridica di cui sono abbastanza nitidi i contorni, e in questo senso ci è sembrato paradigmatico.

[originaria indefettibilità dell'atto formale contrario] In origine, il vincolo stretto in vista di una aspettativa (per intenderci subito, potremmo dire “una prestazione”) non si scioglie per il semplice fatto che tale aspettativa è soddisfatta, ma, ove si tratti di un atto solenne, occorre anche l'adibizione di un rito dello stesso segno ma di direzione opposta – con agenti e destinatari invertiti – per toglierlo giuridicamente di mezzo.

Così il vincolo generato dalla *stipulatio*, che viene annodato in virtù della pronuncia di parole, non è sciolto per il fatto che lo stipulante consegue quanto gli fu promesso – ad esempio, il trasferimento di un servo –: si richiede anche la pronuncia di parole (*acceptilatio*) con cui il creditore, su precisa domanda, dichiara di aver ricevuto l'oggetto della promessa (*acceptum ferre; accepti latio*: attestare, dar conto in ricevuto).

Del *nexum*, come già è apparso chiaro (§ 1), sappiamo assai poco, nondimeno è da credersi che, stante la sua natura di negozio librare, per la liberazione del *nexus* sia pure necessario un atto simmetrico sempre *per aes et libram* (per rame e bilancia), senza il quale – benché il “creditore” si trovi soddisfatta materialmente la propria aspettativa – l'autogarante non sarebbe sciolto (*solutio per aes et libram*).

[rilevanza acquisita dall'adempimento] Tuttavia, ecco il punto nodale della vicenda, una volta riconosciuto e valorizzato a scapito della forma il risultato sostanziale dell'adempimento, esso diviene il modo usuale e universale di estinzione delle *obligationes*: vale, da solo, a spezzare il legame, ponendosi come la chiave che apre tutte le porte. Per questa sua acquisita idoneità e sufficienza a sciogliere ogni obbligazione comunque contratta, l'adempimento – o meglio il pagamento, che è il suo aspetto antonomastico – prende il nome di *solutio* (scioglimento), in origine riservato a quegli atti contrari dei quali si diceva poco più in alto.

[ruolo assunto dagli atti estintivi formali] Questi ultimi peraltro non spariscono, come ci si potrebbe attendere d'acchito: si ritirano in una loro nuova area peculiare, ove operano come forme di adempimento fittizio, e quindi servono a rimettere il debito, a condonare al soggetto passivo il dovuto. Sciogliono, insomma, il debitore dal vincolo di un'obbligazione non adempiuta: di solito per spirito di liberalità (*donationis causa* [cap. VII § 12]), ma eventualmente anche in vista di un contraccambio di varia natura (come nella transazione [§ 14]).

Quanto detto, ritornando al testo di Pomponio, spiega in modo abbastanza nitido la discrasia logica già sottolineata. All'epoca in cui scrive il giurista, l'adempimento è il modo di estinzione per antonomasia: vi si può sempre ricorrere; è sempre autosufficiente. Si capisce allora come il mutuo, che è un contratto reale, generi un'*obligatio* che con la restituzione della cosa si estingue: si tratta cioè dell'adempimento (nella forma del pagamento), e qui anche la simmetria dei comportamenti è rispettata.

Per ciò che concerne l'*obligatio verbis*, non si può certo più dire, in pieno II secolo d.C., che essa “deve” estinguersi con l'*acceptilatio*, ossia con la rimessione del debito, e perciò si inserisce la menzione dell'adempimento, mettendola anzi al primo posto: “o mediante cosa o mediante parole l'obbligazione deve essere sciolta”. Così l'*acceptilatio*, da forma necessaria è diventata forma possibile, per non dire meramente

eventuale.

Per i contratti consensuali si menziona il *contrarius consensus*, ma è ormai sottinteso che anche per le singole obbligazioni a cui tali rapporti danno vita l'adempimento si pone come modo di estinzione canonico.

All'epoca di Gaio ([3.168] che poi è la stessa di Pomponio) si può allora dire che *tollitur obligatio praecipue solutione eius quod debetur* ("l'obbligazione si scioglie soprattutto col pagamento di ciò che è dovuto").

[modi di estinzione *ipso iure* e *per exceptionem*] Prima di passare alla considerazione dei singoli modi di estinzione – anche se per taluni, già visti altrove, sarà sufficiente un semplice rinvio – conviene fissare la dicotomia al loro interno tra quelli che operano *ipso iure*, cioè sul piano sostanziale facendo venir meno l'*oportere*, e quelli che operano *per exceptionem*, ossia su quello processuale, potendo la pretesa del creditore essere paralizzata dall'opposizione di una *exceptio*. Questi ultimi sono invero poco numerosi, anche se di rilievo tutt'altro che scarso.

[a) adempimento] Sulla scorta di quanto fin qui esposto, il modo di estinzione da mettersi a capofila è l'adempimento. Poiché la sua forma usuale si identifica nel pagamento – che peraltro, in senso stretto, riguarderebbe solo i debiti in denaro –, adotteremo qui indifferentemente l'uno o l'altro termine.

Adempimento è l'esatta corresponsione del dovuto, che si atteggia ovviamente in varie guise a seconda dei possibili oggetti della prestazione (§ 2). Adempie chi, avendo promesso lo schiavo Stico, lo trasmette allo stipulante; adempie il compratore che consegna al venditore il prezzo convenuto; adempie il conduttore d'opera che esegue il lavoro artigianale secondo le modalità richieste; adempie l'erede che, onerato di un *legatum sinendi modo* (cap. VII § 10), lascia che il legatario si impossessi della cosa che gli spetta senza opporsi in alcun modo. Con formulazione rapida e efficace Ulpiano dice che adempie “chi ha fatto quel che ha promesso di fare” (D. 50.16.176: *solvere dicimus eum, qui fecit quod facere promisit*); e poiché lo scioglimento del vincolo coincide con la realizzazione dell'aspettativa in capo al creditore, l'adempimento può dirsi un modo di estinzione soddisfattivo.

[datio in solutum...] Si parlava di esatta corresponsione del dovuto. Se però il creditore è d'accordo, l'obbligato può dare una cosa diversa da quella dedotta nel rapporto (*datio in solutum* [dazione in pagamento]; l'art. 1197 c.c. parla di “prestazione in luogo dell'adempimento”).

[... e sua efficacia estintiva] L'effetto estintivo dell'adempimento inesatto accettato dal creditore in sé non era discusso; si dibatteva invece su un altro punto: se si trattasse di un modo di estinzione *ipso iure* o *per exceptionem*. I Sabiniani erano per la prima soluzione e, in questo senso, tra *solutio* e *datio in solutum* non c'era per loro differenza. I Proculiani ritenevano invece che il creditore che pur aveva acconsentito a ricevere una cosa per un'altra (*aliud pro alio*) potesse nondimeno agire contro l'obbligato per conseguire quella effettivamente dovuta, potendo però essere respinto con l'*exceptio doli* (non sappiamo se fosse idonea anche l'*exceptio pacti*). Prevalse la tesi sabiniana, per cui anche la *datio in solutum* va classificata tra le forme di scioglimento *ipso iure*.

[datio in solutum necessaria] Come si è precisato, la *datio* di una cosa per un'altra

deve essere accettata dal creditore. In taluni casi tuttavia da tale requisito si è autoritativamente deciso di prescindere. Nel 48 a.C., a fronte di una liquidità generale ridotta ai minimi termini dalla guerra civile, Cesare stabilì che i creditori dovessero accettare in pagamento immobili dei debitori valutati in base ai parametri prebellici (*De bello civili* 3.1.1-3; Svetonio, *Caes.* 42.3); nel 535, Giustiniano (Nov. 4.3 pr.), in modo simile, rese coattiva per i creditori l'accettazione di beni immobili, equamente stimati, dei loro debitori, ove costoro non disponessero di denaro sufficiente e la vendita dei predetti fondi si fosse rivelata, nella circostanza, impossibile; principio poi dallo stesso imperatore ribadito e circostanziato a più riprese.

Anche l'adempimento parziale di un'*obligatio* divisibile (§ 3), integrando una *solutio* inesatta, libera *pro quota* solo se il creditore ritiene di accettarlo: è però, in un certo senso, anche qui costretto a accontentarsi nei casi in cui il debitore ha dalla sua il *beneficium competentiae* (cap. III § 7).

[adiectus solutionis causa] Oltre che al creditore, il pagamento può essere reso al suo rappresentante. Trattandosi di stipulazione, può ricevere il dovuto anche l'*adiectus solutionis causa* (aggiunto a scopo di pagamento), una persona nominata espressamente nella formula verbale ("Prometti di dare a me o a Tizio?"). Quest'ultimo dunque è un mero addetto alla riscossione.

[costipulante...] Differente è il caso dell'*adstipulator* (costipulante): egli, dopo la domanda dello stipulante e la congrua risposta del promittente, alle quali assiste, rivolge al debitore la medesima interrogazione ("Prometti di dare la stessa cosa?"). Può quindi agire in via autonoma essendo un creditore solidale; onde il debitore paga bene e si libera anche pagando a lui. Come si è detto anche altrove (§ 24), il credito dell'*adstipulator* non si trasmette a causa di morte.

[... e principale scopo del ricorso ad esso] Alla figura dell'*adstipulator* si ricorreva in età classica soprattutto per aggirare il divieto di obbligare qualcuno per dopo la propria morte (§ 2): in forza del rapporto di mandato egli agiva quando lo stipulante non era più in vita e riversava il risultato nella sfera dell'erede di lui. In diritto giustiniano, essendo tra l'altro caduto il divieto di fondo che ne giustificava l'adibizione, anche tale figura giuridica sparisce.

Il pagamento, infine, può essere compiuto dal debitore, dal suo rappresentante o anche da un terzo pur senza che il primo lo sappia o lo voglia: in tutti i casi con il debitore sono liberati i suoi garanti.

Adempimenti fittizi, e quindi meri modi di rimessione del debito sono, come si è detto, l'*acceptilatio* e la *solutio per aes et libram*. Della evoluzione giuridica per cui gli stessi sono diventati tali si sono pure delineati all'inizio del paragrafo i tratti più significativi.

[b) acceptilatio] Quanto all'*acceptilatio*, si tratta del negozio verbale con cui si sciolgono le *obligationes* create, appunto, mediante la pronuncia di parole. Il debitore chiede al creditore: *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* ("Quel che ti ho promesso, lo hai ricevuto?"); il creditore risponde di sì: *habeo* ("l'ho ricevuto").

In seguito, sempre su questa struttura dialogica, si ammisero alcune varianti (si veda D. 46.4.7, di Ulpiano), ma – forse per la particolare natura di atto di rimessione – non sembra che si sia arrivati, come in altri settori, a una completa liberalizzazio-

ne delle forme.

La simmetria più evidente sussiste con la *stipulatio*, poiché anche qui c'è una domanda seguita da una contestuale risposta, ma a parti invertite: chi nella prima interrogò nella seconda risponde, e viceversa. Trattandosi di una sorta di *stipulatio* rovesciata, è da credersi che, tanto nell'originario contesto soddisfattivo quanto nella seguente valenza immaginaria, esso servisse a estinguere soprattutto *obligationes* da promessa stipulatoria. All'epoca di Gaio comunque tale strumento parrebbe idoneo a estinguere ogni tipo di vincolo di natura verbale, e quindi anche quello derivante da *dotis dictio* e da *promissio iurata liberti* (§ 8).

[stipulazione aquiliana] Come si può evincere da quanto premesso, il meccanismo in oggetto non poteva essere adibito per rimettere debiti non sorti da parole: era però possibile – come spiega l'istituzionista classico (Gai. 3.170) – trasfondere per novazione il vincolo precedente in una *stipulatio* (vedi oltre) e quindi estinguerlo nella via qui descritta. Il giurista Aquilio Gallo (I secolo a.C.) escogitò anzi una sorta di stipulazione novativa con formula amplissima in cui si potevano convogliare tutti i debiti, esigibili nel presente o nel futuro, di un soggetto nei confronti di un altro, per poi azzerarli con un'unica *acceptilatio* (*stipulatio Aquiliana*).

[acceptilatio litteris (?)] Non sappiamo se per le obbligazioni letterali esistesse una *acceptilatio litteris*: logicamente si dovrebbe rispondere in modo positivo e pensare a una registrazione in ricevuto da parte del creditore a cui corrisponde una analoga in speso da parte del debitore, senza che in realtà nessuna prestazione sia stata eseguita. Gaio però ne tace, e ciò non sembra senza significato: meno invece rileva il silenzio di Pomponio nel brano del Digesto esaminato all'inizio del paragrafo perché, come sappiamo (§ 9), i commissari giustinianeî eliminarono ogni menzione dei contratti letterali.

[c] solutio per aes et libram] Con la *solutio per aes et libram* (pagamento per rame e bilancia) si sciolgono in origine le obbligazioni derivanti da atto librare: quindi – è da credersi – quelle collegate al *nexum* (§ 1) e alla *mancipatio*, con riferimento all'obbligazione dell'*auctoritas* (cap. V § 8); nonché – questo lo sappiamo con sicurezza (Gai. 3.175) perché ancora in epoca classica si pratica – quella da *legatum per damnationem* (cap. VII § 10), dato che esso è contenuto in un testamento in cui si adibisce la *mancipatio*.

Nel II secolo d.C., quando scrive Gaio, tale simmetria si è però in parte perduta: ora infatti la *solutio per aes et libram* vale anche a estinguere l'obbligazione da giudicato, che non sorge certo da un negozio librare.

Anche qui, come nella *mancipatio*, parla uno solo, ed è colui che si libera (nella prima parla chi acquista, e quindi ancora chi si avvantaggia) e afferma di sciogliersi da ciò a cui è stato condannato pagando l'altra parte, che solo ascolta, con una (simbolica) moneta, con cui percuote il piatto della bilancia.

Come si è detto, il *nexum* è scomparso nella prima età preclassica; la *mancipatio* ha vita assai più lunga, ma in epoca giustiniana non se ne conserva più traccia: la *solutio per aes et libram* segue analoga sorte.

[d] pactum de non petendo] Altra forma di rimessione del debito è il *pactum de non petendo*, che abbiamo già avuto occasione di menzionare. Esso opera sul piano preto-

rio (*per exceptionem*).

Viene qui in rilievo il patto di non esigere la prestazione in assoluto – ossia, appunto, di rimessione –, non anche quello con cui ci si impegna a non domandare l'adempimento solo per un determinato periodo di tempo: in altri termini, secondo una corretta visione concettuale, estingue il vincolo il patto che dà luogo a una eccezione perentoria (cap. III § 8).

La *conventio* in parola, configurabile pure in forma tacita allorché il creditore restituisce al debitore la *cautio* comprovante il proprio diritto (D. 2.14.2.1, di Paolo), può essere concepita in chiave oggettiva o soggettiva. Nel primo caso (*pactum de non petendo in rem*), nessun soggetto attivo può convenire nessun soggetto passivo (eredi compresi), perché la rinuncia incide sulla prestazione in sé; nel secondo caso (*pactum de non petendo in personam*), l'esclusione riguarda, dal lato attivo, il solo creditore solidale paciscente, ovvero, dal lato passivo, il solo debitore solidale con cui l'accordo è intercorso (ad esempio il primo obbligato ma non il fideiussore).

[e] novazione Con la novazione (*novatio*) si ritorna invece ai modi di estinzione *ipso iure*.

Essa consiste nell'assorbimento e sostituzione del vincolo originario con uno nuovo che presenta almeno un elemento diverso rispetto al precedente; del quale dunque – ricorrendo simili presupposti – non rimane in vita più nulla. Come già abbiamo detto (§ 3) sono passibili di novazione anche le obbligazioni naturali.

[forma stipulatoria] Al fine di evitare errori di prospettiva anche alla luce della moderna configurazione dell'istituto, va subito precisato che in diritto romano la novazione si realizza per una via obbligata: la *stipulatio*. Solo utilizzando tale meccanismo si può conseguire l'effetto descritto poco sopra: in particolare, un mero accordo delle parti teso a sostituire un'obbligazione tra loro intercorrente con una nuova risulterebbe del tutto inidoneo.

[altre ipotesi di novazione sostanziale] Per taluni aspetti il discorso cambia per i *nomen transscripticia* (§ 9): qui, nella sostanza, un effetto novativo si produce, ma il pensiero giuridico romano non si esprime in proposito in termini di *novatio*, rilevando in questa guisa di essere legato in modo pressoché inestricabile a un dato di forma che non si aggira. Lo stesso dicasi per la *litis contestatio*, ove peraltro l'effetto novativo presenta un carattere negoziale assai meno evidente.

[novazione oggettiva] Si ha novazione oggettiva allorché creditore e debitore rimangono i medesimi ma cambia il titolo dell'obbligazione: Tizio, ad esempio, stipula da Caio quanto questi già gli deve come prezzo di una compravendita. A questo punto, la stessa somma non sarà più dovuta in forza del primo contratto, ma del secondo, e Tizio, per conseguirla, non agirà con l'*actio venditi* ma con l'*actio ex stipulatu (certi)*, tra l'altro per lui più vantaggiosa perché dà luogo a un giudizio di stretto diritto.

Siccome in questo caso i soggetti non mutano, si richiede ai fini della novazione che la seconda *obligatio*, titolo a parte, presenti qualcosa di diverso rispetto alla prima, ad esempio che si aggiunga o si elimini una condizione, un termine, un garante (quest'ultima però era ritenuta dai Proculiani variazione ininfluyente [Gai. 3.178]).

[novazione soggettiva (delegazione)] Se invece si tratta di novazione soggettiva, il

mutamento necessario e sufficiente è già ravvisabile nella nuova persona del debitore o del creditore: Tizio stipula da Caio quel che gli deve Sempronio (delegazione passiva o espromissione); Tizio stipula da Caio quel che questi deve a Mevio (delegazione attiva). Ne abbiamo parlato a proposito della trasmissione delle obbligazioni (§ 24) e là si è pure sottolineato che occorre sempre la volontà del primo debitore (nel nostro primo esempio, Sempronio) o del primo creditore (nel nostro secondo esempio, Mevio).

[regime giustiniano (*animus novandi*)] Il diritto giustiniano apporta una importante modifica: novazione non si ha se non in presenza della precisa volontà di compierla resa palese dalle parti (*animus novandi*). L'atteggiamento soggettivo degli autori del negozio diventa ora determinante e dalla valutazione del medesimo dipende il fatto che la prima obbligazione si estingua sostituita dalla seconda, oppure che quella resti in vita cumulandosi con la nuova priva di valenza novativa. È, però, una riforma non portata a tutte le sue logiche conseguenze: resta sempre la necessità dell'*aliquid novi*, ossia dell'elemento nuovo oggettivamente verificabile, nonché – per quanto deformalizzato nel senso già visto (§ 8) – dell'atto stipulatorio.

[f] compensazione Causa di estinzione legata al meccanismo processuale è la compensazione (*compensatio*).

Il dato di fondo perché essa si verifichi consiste nella compresenza di rapporti obbligatori a parti invertite tra gli stessi soggetti: Tizio deve a Caio cento; Caio deve a Tizio cento. Non è detto peraltro che l'ammontare del reciproco dare e avere debba essere identico: l'estinzione avverrà integralmente per il debito minore; quello più alto sopravviverà ridotto in misura corrispondente.

Si diceva tuttavia che questo è solo il presupposto di fondo: senza di esso compensazione non si può avere, però il medesimo, di per sé non risulta in grado di produrla. La via da percorrere è sempre e solo quella processuale, ed è per di più legata a casi specifici.

[giudizi di buona fede] Nei *iudicia bonae fidei* era rimesso alla discrezionalità del giudice tener conto dei reciproci debiti e crediti intercorrenti tra le parti di uno stesso rapporto e legati a quella causa: in tal senso il convenuto veniva assolto o condannato alla sola differenza a vantaggio dell'attore: il fatto che nel processo formulare la *condemnatio* fosse sempre espressa in denaro facilitava l'operazione in parola.

[crediti del banchiere] Era invece costretto ad agire con compensazione il banchiere (*argentarius*) nel caso che si trovasse a sua volta ad essere debitore del convenuto (nei rapporti della banca col cliente, il reciproco dare e avere è la regola). Egli doveva in tal caso diffalcare espressamente nell'*intentio* della formula quanto doveva alla controparte pretendendo così solo l'eccedenza a proprio vantaggio: diversamente sarebbe incorso in *pluris petitio* (cap. III § 7).

[crediti del compratore di beni] Anche il *bonorum emptor*, cioè il compratore dei beni in blocco, doveva sempre agire deducendo quanto egli doveva in forza della *successio* al debitore dell'esecutato. La *deductio* del *bonorum emptor* non si pone però nell'*intentio*, ma nella *condemnatio*, onde egli non corre il rischio della *pluris petitio*. Inoltre, a differenza della *compensatio* del banchiere, la *deductio* del compratore di beni può intercorrere anche tra crediti e debiti di natura non omogenea.

[rescritto di Marco Aurelio...] Le Istituzioni di Giustiniano (4.6.30) menzionano un rescritto di Marco Aurelio che avrebbe consentito di operare la compensazione anche nei giudizi di stretto diritto opponendo l'*exceptio doli* all'azione del creditore (cap. IV § 3).

La svolta appare di grande rilievo, ma non è chiaro come ciò potesse realizzarsi sul piano tecnico, perché in forza dell'eccezione il convenuto viene assolto, restando esclusa una riduzione della condanna. [... e regime giustiniano] Comunque sia, tale rescritto è additato come punto di partenza della riforma giustiniana (C. 4.31.14, del 531; I. 4.6.30), in base alla quale, tanto nelle azioni reali quanto in quelle personali, la compensazione è sempre opponibile purché sia di rapida accertabilità e non si tratti di un giudizio di deposito, al fine di non privare il deponente della restituzione dei beni dati in custodia.

Abbastanza bene si presenta il discorso sui rimanenti modi di estinzione, per non pochi dei quali sarà sufficiente un semplice richiamo a dati già forniti in altra sede: si tratta del *contrarius consensus* (mutuo dissenso), della *litis contestatio*, della confusione, del *concursus causarum* (concorso di cause), dell'impossibilità sopravvenuta non ascrivibile al debitore, della morte (e della *capitis deminutio*), della prescrizione (in senso lato), della transazione, delle cause speciali a titolo di pena per il creditore.

[g] mutuo dissenso] Il *contrarius consensus* se interviene a prestazioni ancora totalmente ineseguite, estingue *ipso iure* le obbligazioni derivanti da contratti consensuali: della specularità di questo modo di estinzione rispetto a quello creativo del vincolo si è detto all'inizio del paragrafo.

[h] litis contestatio] Come si ricorderà, nei *iudicia legitima*, la *litis contestatio* estingue *ipso iure* le obbligazioni sostituendo all'originario rapporto sostanziale quello processuale: ciò impedisce che l'azione sia riproposta. Nei *iudicia imperio continentia* la *litis contestatio* è modo di estinzione *per exemptionem*: a difesa del convenuto citato in giudizio una seconda volta giova in tal caso l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (cap. III § 6).

[i] confusione] L'*obligatio* si estingue *ipso iure* per confusione quando le qualità di creditore e di debitore si concentrano nel medesimo soggetto: si pensi al caso di Tizio a cui in forza di stipulazione era dovuto il fondo Corneliano, che diventa poi erede universale del promittente (sulla confusione come modo di estinzione dei diritti reali limitati vedi cap. V §§ 10 e 11).

[l] concorso di cause] La confusione peraltro può considerarsi una tipologia particolare di concorso di cause, il quale ricorre quando il creditore quel che gli doveva il debitore, anziché a titolo di pagamento, lo riceve da altri e per altra causa: ad esempio, il testatore ha legato *per damnationem* a Caio lo schiavo Stico che appartiene a Mevio (sul legato in oggetto cap. VII § 10): l'erede è tenuto a procurarsi il servo e a trasmetterlo al legatario. Se però quest'ultimo lo riceve da Mevio in donazione l'*obligatio* a carico dell'erede è estinta.

Bisogna tuttavia fare attenzione: se, come nell'esempio di cui sopra, entrambe le cause sono lucrative – nel senso che Caio al quale l'uomo era dovuto a titolo gratuito (legato) sempre a titolo gratuito lo riceve (donazione) – il vincolo è sciolto; se in-

vece – modificando in parte la fattispecie ipotetica – il legatario, non sapendo del lascito, compra lo schiavo da Mevio, ha diritto a ricevere dall'erede l'equivalente del corrispettivo pagato: egli ha infatti effettuato un esborso per ottenere un bene che avrebbe conseguito gratuitamente, con ingiustificato arricchimento del debitore. Si può allora concludere che estingue (*ipso iure*) l'obbligazione il concorso di due cause lucrative, ma non quello di una causa lucrativa con una onerosa.

[m) impossibilità sopravvenuta] Sull'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore – la quale, mette conto ribadirlo, non gli giova nel caso in cui versi in mora – si veda quanto esposto sopra al § 4.

[n) morte e *capitis deminutio*] Analogo rinvio, benché con più articolate diramazioni, può operarsi per ciò che concerne la morte. Basti qui ricordare rapidamente i suoi effetti per quanto attiene al credito dell'*adstipulator* e al debito dello *sponsor* e del *fidepromissor* (§ 24); ancora, in tema di *locatio conductio* (*operis* e *operarum*), società e mandato (rispettivamente §§ 11, 12, 13); infine, con riferimento ai colpevoli di delitti e alla vittima delle ingiurie (§ 17). La *capitis deminutio* del debitore estingue civilmente l'obbligazione, che però sopravvive sul piano pretorio: trattandosi delle due *capitis deminutiones* maggiori, si può agire contro coloro ai quali sono pervenuti i beni; in caso di *capitis deminutio minima*, è esperibile contro l'arrogato e la donna entrata nella *manus* del marito un'azione utile come se non fosse intervenuto mutamento di *status*. La *capitis deminutio minima* subita dall'autore di un misfatto rende nossale l'azione che prima era diretta. In diritto giustiniano, potendo i *fili familias* obbligarsi in proprio nessun effetto estintivo gioca il cambiamento dello *status* familiare.

[o) prescrizione] Sulla prescrizione delle azioni si rinvia ai dati forniti sopra al cap. III § 9, in fine.

[p) transazione] La transazione, nell'assetto assunto nel diritto tardo, è modo di estinzione delle obbligazioni autonomo rispetto a *stipulatio* novativa, *acceptilatio*, *pactum de non petendo* (§ 14).

[q) estinzione a titolo di pena] Estinzione del credito a titolo di pena si riscontra, ad esempio, in età classica per il fatto del creditore che, senza autorizzazione del magistrato, si soddisfa in via di autodifesa impossessandosi di beni del debitore: ciò in forza di un decreto dell'imperatore Marco Aurelio (161-180 d.C.), noto come il *decretum divi Marci* per antonomasia. Per quanto concerne l'epoca postclassica, si può richiamare la costituzione di Onorio sulla cessione del credito a un *potens* (§ 24). Interessanti e curiosi, infine, alcuni casi previsti dalle Novelle giustiniane. In particolare la Nov. 60 pr. e 1, del 537, commina la perdita del diritto al creditore che, recatosi in forze a casa del debitore morente, appone sigilli sui beni e, accelerati col suo agire i tempi del decesso, si oppone alle esequie. Analogamente la Nov. 134.7, del 556, sanziona il comportamento del creditore che tiene “in pegno” destinandoli a lavori servili i figli del debitore per indurre quest'ultimo ad adempiere.

CAPITOLO VII

SUCCESSIONI A CAUSA DI MORTE E DONAZIONI

1. Morte e successione. Delazione dell'eredità
2. Acquisto dell'eredità (presupposti, forme, effetti, difesa)
3. La *bonorum possessio*
4. La successione *ab intestato* (rispetto agli ingenui)
5. Il testamento e le sue forme
6. L'istituzione di erede e le sostituzioni
7. La successione necessaria o contro il testamento
8. L'inefficacia del testamento
9. I codicilli
10. I legati
11. I fedecommissi
12. Le donazioni

1. Morte e successione. Delazione dell'eredità

[morte come causa di successione] La morte estingue la persona fisica, ma apre, al contempo, una partita giuridica. Trattandosi di un soggetto di diritto, si determina una chiamata a subentrare – dal lato attivo e da quello passivo – nelle situazioni giuridiche, patrimoniali e non patrimoniali, che il decesso non ha *de iure* l'effetto di travolgere. Così vi sarà, ad esempio, subentro nel diritto di proprietà di cui era titolare il defunto sul fondo Corneliano; nel diritto di credito che egli vantava verso Tizio per una somma da quest'ultimo promessagli; e, pure, per converso, nel debito di cui lo stesso defunto era invece gravato rispetto a Caio per una somma ancora dovuta in forza di stipulazione. Sempre esemplificando, non si avrà invece subingresso nel diritto di usufrutto, che, come sappiamo, con la morte del titolare si estingue. **[eredità]** Il fatto morte provoca dunque l'apertura di una successione che coinvolge uno o più soggetti, vivi (o già concepiti) nel momento in cui l'evento accadde, inserendoli nel complesso giuridico che alla persona deceduta (ereditando o *de cuius*) faceva capo, e del quale l'ordinamento ammette e regola la trasmissibilità. I soggetti di cui sopra si dicono *heredes* (il singolare è *heres*), il complesso di situazioni giuridiche soggettive nella cui titolarità avviene il subentro è – il termine deriva dal primo – l'*hereditas*.

[successione universale e particolare] Tale inserimento di un nuovo centro di imputazione con riguardo a un intero patrimonio o a una sua frazione ideale è detto nelle fonti *successio in universum ius* (successione nell'universalità giuridica); si parla invece di *successio in singulas res* (successione nelle singole cose) ove sostituita sia la riferibilità di un diritto precisamente enucleato. **[(origine della distinzione)]** A lungo si è ritenuta in dottrina che tale distinzione non sia classica, ma legata a concezioni del diritto nuovo: a torto, però, come oggi si è propensi a credere. A differenza di quanto avviene per l'esperienza giuridica romana, la quale conosce, oltre all'*hereditas* (e alla *bonorum possessio*, legata quest'ultima al sistema pretorio: § 3), anche successioni universali tra vivi, il diritto vigente contempla solo la successione universale a causa di morte.

[iter della successione ereditaria] Morte di un soggetto capace, delazione, subentro – automatico o legato a un atto di volontà del chiamato – nella titolarità dell'*hereditas*: questi, in via schematica, il presupposto e la progressione logica del fenomeno successione universale *mortis causa*. Dicevamo progressione logica: non potrebbe invece parlarsi, in via generale, di progressione anche cronologica, perché in molti casi morte e delazione cadono nello stesso momento, e, per determinate categorie di eredi, come si è accennato, delazione e acquisto coincidono (§ 2).

Quanto al primo punto, premesso che della capacità dell'ereditando si tratterà più avanti, basti qui dire che in origine la successione poteva aprirsi soltanto in capo ad una persona *sui iuris*, e così fu per secoli; in progresso di tempo, potendo anche i *filii familias* essere titolari di situazioni giuridiche soggettive, questa corrispondenza venne meno. Malgrado una percepibile evoluzione, parallela per taluni aspetti in ordine alla capacità patrimoniale degli schiavi, soltanto in casi del tutto eccezionali una morte servile ha costituito presupposto di successione (§ 8).

[delazione] Delazione è, nel nostro settore, termine tecnico, il quale indica il dato di una successione aperta e quindi di un'eredità acquisibile da parte del chiamato o dei chiamati.

[tipi di delazione] La delazione si dice testamentaria se connessa a un atto a causa di morte riferibile al *de cuius* – il testamento, appunto –, che designa in via autonoma la destinazione *post mortem* del complesso ereditario; si dice *ab intestato* – meglio dire “legittima”, o *ex lege*, almeno con riferimento all'esperienza romana nel suo complesso – allorché è l'ordinamento stesso che, per il caso di mancanza o inoperatività del testamento, individua le persone e stabilisce l'ordine di preferenza dei suscettibili. Semplificando un poco, si potrebbe concludere che la delazione testamentaria è legata in via diretta alla volontà dell'ereditando, la delazione intestata a quella del diritto oggettivo. Vedremo tuttavia che, tra quelli compresi nello schema dei chiamati *ab intestat*, vi sono suscettibili che non possono essere preteriti (cioè passati sotto silenzio) nel testamento e che, almeno a partire da una certa epoca, hanno diritto di ottenere una quota (detta “legittima” o “riserva”) del patrimonio del parente defunto e di cui pertanto alla volontà del disponente non è consentito privarli; si parla in proposito, senza adombrare così un terzo tipo di delazione – perché in realtà pure questa opera *ex lege* –, di successione necessaria o contro il testamento (§ 7).

[contratti e patti successori] Da quanto scritto fin qui, risulta dunque l'inammissibilità – e ciò vale per l'intero arco della storia giuridica romana – di una delazione collegata a un negozio diverso dal testamento, come ad esempio un contratto o un patto. Nullo in radice è così l'accordo tra coniugi che pretenderebbe – per citare un caso attestato dalle fonti – che il marito, alla morte della moglie, ricevesse quei beni di lei che non gli appartengono a titolo di dote: lo afferma con piglio deciso l'imperatore Diocleziano in un rescritto del 290 d.C. (C. 5.14.5), solo ribadendo in realtà una regola esistita da sempre, ancorché non condivisa da altre esperienze giuridiche dell'Oriente mediterraneo.

Al quesito se sia anteriore, sul piano storico, la successione testamentaria o quella fondata sul diritto oggettivo cercheremo di prospettare una soluzione un poco più avanti (§ 4). Ora è più opportuno soffermarsi sul rapporto, si potrebbe dire “operativo”, fra le due forme di delazione.

[rapporto tra i due tipi di delazione...] Ricorre nei testi, ed è peraltro notissima, l'espressione *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. La frase è fortemente icastica e una traduzione letterale si presenterebbe forse ingannevole; la si può rendere, per chiarezza, così: “nessuno può avere la propria successione a causa di morte regolata in parte dal testamento in parte dalle norme relative all'eredità intestata”. Dunque, si dice, impossibilità di concorrenza delle due delazioni: l'una – e precisamente quella testamentaria, se in grado sul piano effettuale di produrre eredi – esclude l'altra. Per intenderci, oggi può accadere ed è ammesso che Tizio disponga per testamento solo di una parte del suo patrimonio, lasciando che il residuo sia devoluto secondo i canoni della successione legittima: in tal caso riscontremmo la contemporanea operatività delle due vocazioni. L'esperienza giuridica romana ha escluso in via di principio questa evenienza. Anche se Tizio, ad esempio,

nomina per testamento due eredi, ciascuno per un quarto dell'asse (cioè del patrimonio) ereditario e tace della frazione restante, tale metà non è acquistata dai successibili *ab intestato* ma si accresce proporzionalmente alle quote degli istituiti, i quali, prendendo così un mezzo ciascuno anziché un quarto, esauriscono l'intero asse. Si è scritto che questo risultato, lungi dal tornare a verifica del principio in esame, proverebbe invece l'opposto, perché in ultima analisi quel quarto in più non deriverebbe, a ciascun istituito, *ex testamento*, bensì *ex lege*. Si tratta però di un argomento sofisticato, e tale da non cogliere, a differenza della più immediata sensibilità giuridica antica, l'effetto espansivo della delazione testamentaria che come un liquido si inserisce, occupandolo, in ogni spazio vuoto. [... e deroghe al principio dell'alternativa] È peraltro indiscutibile che la regola, pur identificando un cardine del diritto ereditario romano, soffre di eccezioni più numerose di quanto la sua recisa formulazione lascerebbe trasparire: la più notevole riguarda il testamento militare, per cui vale invece la soluzione prima illustrata con riferimento al nostro diritto positivo. Di un'altra deroga al principio avremo occasione di occuparci più avanti (§ 7).

[momento della delazione] Passiamo ora ad isolare il momento in cui si verifica la delazione. Quella testamentaria coincide in via generale con l'evento della morte; a meno che l'istituzione di erede non sia sottoposto a condizione: in tal caso rileva il momento in cui essa si avvera. La delazione *ab intestato* opera, di nuovo, al momento della morte se testamento non ci sia; in presenza di un atto di ultima volontà, rileva invece il momento in cui è certa l'inoperatività del medesimo, ossia che nessun erede può scaturire da esso.

[durata] Quanto alla durata, la delazione dell'eredità è per diritto civile virtualmente perpetua. Nella successione testamentaria un termine, in genere di cento giorni, può essere fissato dal testatore con la *cretio perfecta* (§ 2); un tempo per deliberare, sempre di cento giorni, può essere imposto al delato ad opera del pretore per non far attendere troppo a lungo i creditori ereditari, considerandosi in tal caso il silenzio alla stregua di un rifiuto.

[intrasmissibilità] Se l'acquisto dell'eredità non è automatico ma presuppone un atto di accettazione (*aditio*), l'esistenza in vita del chiamato al momento della morte dell'ereditando fissa su di lui la facoltà di accettare: sia che egli muoia prima di averlo fatto, sia che esprima una ripulsa, la delazione non si trasmette né ai suoi eredi né ad altri. Trattandosi di successione testamentaria, se vi sono altri istituiti che adiscono, la quota a lui originariamente spettante si accresce in misura proporzionale a quelle dei primi; se si tratta dell'unico erede scritto, o se nessuno degli eredi scritti accetta, diventa operativa, in base al già detto, la delazione intestata. In caso di successione *ab intestato*, combinandosi accettazioni e rinunce di più delati, vale la regola dell'accrescimento (in parti uguali), mentre morte o rifiuto dell'unico o di tutti i chiamati rendono per il *ius civile* l'eredità vacante: non si passa, cioè, né ai chiamati successivi della stessa classe (esclusione della *successio graduum*), né a quelli della classe seguente (esclusione della *successio ordinum*).

Diverso, come meglio si spiegherà in seguito (§§ 3 e 4) il regime della *bonorum possessio*, che allevia notevolmente gli inconvenienti legati a questa sorta di inamo-

vibilità della delazione.

[in iure cessio dell'eredità] Malgrado le apparenze, nemmeno può considerarsi trasmissione della delazione (per atto tra vivi) la *in iure cessio hereditatis* (cap. V § 8) compiuta dal chiamato *ab intestato* prima dell'accettazione (fondamentalmente si tratta dell'agnato prossimo: § 4). È vero infatti che tale atto fa conseguire il titolo di erede con tutte le conseguenze che ciò comporta, tuttavia il cessionario non acquista l'eredità in forza di accettazione, ma in virtù dello stesso negozio traslativo, che dunque sembra scavalcare l'*aditio* e sostituirla una nuova fonte di titolarità.

[casi di trasmissibilità della delazione] In età postclassica infine affiorano, in forza di costituzioni imperiali, alcuni casi di trasmissibilità della delazione. Giustiniano formula una regola di portata generale, stabilendo che agli eredi del chiamato è data facoltà di adire l'eredità entro un anno dal giorno in cui il loro dante causa seppe della delazione, oppure, se non ne venne a conoscenza, entro un anno dalla sua morte (c.d. *transmissio Iustiniana*).

2. Acquisto dell'eredità (presupposti, forme, effetti, difesa)

[a) presupposti di capacità di succedere] Premesso il dato della delazione, perché si verifichi l'acquisto occorre in primo luogo nel soggetto chiamato la capacità di succedere. Per quanto concerne la delazione testamentaria, essa si dice *testamenti factio* – il termine indica anche la capacità del *de cuius*, ma qui ce ne occupiamo solo dal lato passivo –, e deve succedere nei tre momenti: della redazione del testamento, della delazione e – sempre che non coincida con quest'ultima – dell'acquisto; non ha invece rilievo la sua eventuale mancanza nelle fasi intermedie.

Può succedere per testamento il cittadino romano *sui iuris*. Alle donne però la *lex Voconia* del 169 a.C., negò, in via relativa, la *testamenti factio* rispetto agli appartenenti alla prima classe del censo, che quindi non potevano istituire eredi.

[istituzione di soggetti in potestà] Servi e *filii familias* possono essere validamente scritti eredi. Se lo schiavo è al contempo, sempre per testamento, manomesso dal *dominus*, acquista a sé; come acquista a sé qualora il padrone lo affranchi in vita. In modo analogo acquista a sé il discendente nominato erede dall'avente potestà e divenuto *sui iuris* per la morte di lui o emancipato in epoca anteriore. Istituiti da un estraneo, l'uno e l'altro possono accettare solo previo ordine dell'esercente *potestas*, che eredita in tal caso in persona propria. Manumissione e, rispettivamente, emancipazione precedenti la morte del testatore concentrano sul delato volizione e riferibilità in ordine all'acquisto.

[postumi alieni e persone incerte] Incapaci di succedere per testamento sono inoltre i *postumi alieni* (§ 4), fino al diritto giustiniano le *personae incertae* (ad esempio: “sia erede chiunque verrà per primo al mio funerale”; e “corpi incerti” si considerano anche municipi e cittadini [Tit. Ulp. 22.5]), **[altri incapaci di succedere]** nonché, per speciali sanzioni emergenti sotto il cristianesimo imperante, eretici, apostati e vedove rimaritate entro l'anno del lutto.

Quanto alla successione *ab intestato*, la capacità, in quanto connessa a un vincolo

parentale, è richiesta ininterrottamente dal momento della delazione a quello dell'acquisto, sempre che non coincidano, ed in via generale è propria, ancora, del cittadino romano *sui iuris* di entrambi i sessi. In epoca postdecemvirale si esclude però che le donne potessero ereditare da parenti in linea collaterale diversi da fratelli e sorelle. Inoltre, dopo la breccia aperta dal S.C. Orfiziano (178 d.C.), che li aveva ammessi all'eredità della madre, nel tardo antico prese corpo su basi più ampie la successione intestata a favore dei *filii familias* (con acquisto della proprietà, a partire da Costantino, sempre a se medesimi).

[postumi sui] Possono succedere anche i *postumi sui* (§ 4); ed è qui pure da estendersi il discorso relativo alle incapacità legate a motivi religiosi a cui si è accennato poc'anzi.

[“capacità”] Con il termine *capacitas* (letteralmente: idoneità a prendere) si allude nelle fonti non già alla presenza nella persona del delato dei presupposti per succedere fondati sull'antico diritto civile, di cui si è detto, bensì al ricorrere di ulteriori specifici requisiti – oggettivi, ma più spesso soggettivi – richiesti da leggi speciali. In tal modo, benché il linguaggio dei testi sia tutt'altro che rigoroso, l'assenza – nella tipologia del lascito o, più sovente come si diceva, nel chiamato – di questa *condicio iuris* fa sì che, pur sussistendo la *testamenti factio*, l'acquisto lucrativo sia in tutto o in parte inibito.

La prima legge ad usare il termine *capacitas* pare sia stata la Furia testamentaria (prima metà del II secolo a.C.), che, come vedremo (§ 10), dichiara *non capax* il destinatario di un legato del valore eccedente i mille assi: qui il requisito è oggettivo e risiede nell'entità della disposizione.

[leggi Giulia e Papia] Tuttavia, il grande complesso normativo fondante l'incapacità in senso stretto è costituito dalle già note leggi *Iulia de maritandis ordinibus* (del 18 a.C.) e *Papia Poppea* (del 9 d.C.), trattate unitariamente in modo per noi ora inestricabile (*lex Iulia et Papia*) dall'elaborazione giurisprudenziale, e stavolta il presupposto è inerente alla persona. Volendo favorire i matrimoni fecondi e perseguendo al contempo un fine di incremento delle entrate, le due leggi augustee negavano in tutto o in parte la *capacitas*, benché solo nella successione testamentaria, ai *caelibes* (uomini e donne in età fertile non uniti in matrimonio o, quanto meno, in fidanzamento), agli *orbi* (coniugati senza prole), ai *patres solitarii* (vedovi, parrebbe, o divorziati senza figli), ai coniugi senza prole comune nei rapporti successori reciproci. Con la *lex Iulia et Papia* matrimonio e procreazione diventavano dunque, entro certi limiti di età, oneri veri e propri imposti ai consociati al fine di acquistare i lasciti testamentari. Anzi, in tal senso, dal momento della delazione, il chiamato – sempre che ciò fosse possibile – aveva cento giorni di tempo per mettersi in regola rispetto ai requisiti fissati dal legislatore (ad esempio, sposandosi).

[feminae probrosae] Carenti di *capacitas* furono in seguito dichiarate da Domiziano le *feminae probrosae* (“donne infami”: meretrici, mezzane, attrici, adultere condannate in giudizio pubblico).

[caduca] Ciò che gli “incapaci” non acquistavano diventava *caducum* (cadùco: quasi destinato a cadere dalle loro mani) e spettava, nell'ordine, ai coeredi con figli, ai legatari e fedecommissari con figli, allo Stato.

[abolizione giustiniana del regime caducario] Nel 534, con la costituzione in C. 6.51.1, Giustiniano abolì in radice il regime caducario, del resto già sfaldatosi in età postclassica, lasciando in vita solo l'*incapacitas* delle donne turpi. Però, eliminato l'istituto, a proposito di queste ultime si dovrà ora parlare di carenza di *testamenti factio*.

[indegnità] In posizione sempre ostativa quanto all'acquisto, ma diversa rispetto a quella degli "incapaci", si trovano gli indegni. Si tratta di chiamati all'eredità – o di destinatari di lasciti a titolo particolare – che si sono macchiati di colpe specifiche, in genere nei confronti del *de cuius* (attentati alla vita, alla onorabilità, alla libera determinazione delle volontà testamentarie, ecc.). L'indegno, pur acquistando il lascito tramite l'eventuale accettazione, non può trattenerlo perché esso è avvocato a sé dall'erario (in seguito dal fisco). L'*indignitas* si determina al momento della delazione e, a differenza dell'*incapacitas*, non contempla acquisto parziale.

[b) forme] Sussistendo il presupposto della idoneità a succedere – *testamenti factio* passiva, *capacitas*, assenza di cause di indegnità –, l'acquisto può essere automatico o subordinato a un atto giuridico da parte del chiamato.

[heredes necessarii] Acquistano *ipso iure* gli *heredes necessarii* e gli *heredes sui et necessarii*. *Heres necessarius* è il servo manomesso e al contempo istituito erede nel testamento del padrone: al momento della delazione egli è libero ed erede, indipendente dalla sua volontà. Il beneficio della libertà da lui ricevuto è evidentemente considerato più che bastevole corrispettivo rispetto agli oneri di un'eventuale eredità passiva. **[heredes sui et necessari]** *Heredes sui et necessari* sono i sottoposti alla potestà dell'ereditando che alla morte di lui diventano *sui iuris* (ad esempio, il figlio, la figlia, il nipote o la nipote da figlio premorto, la moglie *in manu*, ecc.). **[diritto di astenersi dall'eredità]** Anche per loro delazione e acquisto coincidono, ma, se non si siano immischiati nei beni ereditari con atti di gestione, il pater concede a questi successori "di casa" di astenersi dall'eredità (*ius*, o *beneficium*, o *potestas abstinendi*): è chiaro che il titolo civile di *heres* non può essere cancellato, tuttavia la protezione pretoria erige a loro difesa una barriera contro gli inconvenienti patrimoniali e morali (si pensi all'infamia che consegue alla vendita dei beni e che in tal caso – a differenza di quanto avviene per l'*heres necessarius* – ricade sul defunto) legati all'evenienza di una eredità passiva.

[heredes extranei] Tutti gli altri si dicono *heredes extranei* o *voluntarii*: **[adizione:]** essi acquistano solo compiendo un atto di accettazione (*aditio*, adizione), che può essere formale (*cretio*) o del tutto privo di forme (*pro herede gestio*).

[cretio] La *cretio* è la solenne dichiarazione di accettare l'*hereditas* resa dal chiamato, di cui le Istituzioni di Gaio (2.166) ci hanno tramandato la formula: (trattandosi di delazione *ex testamento*) *quod me P. Mevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque* ("posto che P. Mevio mi ha istituito erede nel proprio testamento, adisco ed accetto quell'eredità"). *Actus legitimus* di origine risalente, la *cretio* è unica via di acquisto se *perfecta*, cioè imposta dal testatore a pena di diseredazione (Gai. 2.165): *heres Titius esto... cernitoque in centum diebus proximis... Quodni ita creveris, exheres esto* ("erede sia Tizio... e <tu, Tizio,> accetta nei cento giorni successivi [alla delazione: il testatore tuttavia può fissare un termine più lungo o più breve]... Che

se così non avrai accettato, sii diseredato”). [**pro herede gestio.**] Altrimenti – silenzio sul punto del testatore; *cretio imperfecta*, ossia senza il periodo ipotetico conclusivo (“Che se così non avrai accettato, sii diseredato”); successione intestata agnatizia (§ 4) –, pur potendosi sempre far ricorso ad essa, è pure valida accettazione il compimento di qualunque atto che palesi una univoca volontà in ordine all'acquisto (*pro herede gestio*): ad esempio, semina dei fondi ereditari, pagamento di un debito del defunto, o anche mera espressione verbale priva di solennità che manifesti una volontà nel senso già detto (*nuda voluntas*, che Gaio [2.167] tiene distinta dalla *pro herede gestio*, ma che i giuristi del principato da tempo sembrano considerare, com'è peraltro più logico, uno dei tanti aspetti di quest'ultima).

[**regime postclassico...**] Nell'età postclassica i contorni di queste figure giuridiche tendono ad appannarsi: in Occidente, una fonte come l'*Epitome Gai* contrappone ai *necessarii* e agli *extranei* gli *heredes* (semplicemente) *sui* (non più *et necessarii*), alludendo al fatto, chiarito in seguito dal medesimo testo, che anch'essi ormai acquistano solo in forza di una manifestazione di volontà in tal senso. [... e giustiniano] Nel *Corpus Iuris* il termine *cretio* è espunto con sistematico scrupolo: le Istituzioni imperiali (2.19) mantengono formalmente l'impianto classico con la tripartizione degli eredi, e affermano che i *sui et necessarii* diventano eredi automaticamente salvo il *ius abstinendi* concesso, su loro richiesta, dal pretore. Ma, da tempo appiattiti sulla medesima unica orbita diritto civile e diritto onorario, si tratta di una sorta di metafora che va letta nel senso che se costoro, a situazione impregiudicata, dichiarano di astenersi, fanno venire meno il loro titolo di erede; e la situazione può dirsi impregiudicata se non abbiano prima di allora manifestato in modo espresso (*nuda voluntas*) o tacito (*pro herede gestio*) una volontà di conferma in ordine alla loro qualifica. *Nuda voluntas* e *pro herede gestio* sono poi anche i modi di adizione degli eredi estranei; mentre ancora vincolati all'acquisto restano, unici, i servi *heredes necessarii*.

[**altri modi di acquisto**] Tra i modi di acquisto dell'eredità vanno pure annoverate l'*usucapio pro herede* e l'*in iure cessio* del delato *ex lege* prima dell'accettazione. Di ambedue già ci siamo occupati altrove (cap. V §§ 7 e 8).

[**c) effetti confusione dei patrimoni**] Effetto precipuo dell'acquisto è la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede. Ne consegue che quest'ultimo, in caso di eredità passiva, risponde dei debiti ereditari anche oltre l'ammontare dell'asse, depauperando, magari fino alla consumazione, le sostanze di cui era già titolare prima di ricevere l'*hereditas*, e pure quelle pervenutegli in seguito indipendentemente da essa. Tuttavia, se di età inferiore ai venticinque anni, l'*heres suus et necessarius* che si fosse immischiato nei beni ereditari con atti di gestione così come l'*extraneus* che avesse adito, potevano ottenere dal pretore la *restitutio in integrum* (*propter aetatem* [a causa dell'età]). Tale azzeramento giuridico fu talora accordato, per benevolenza imperiale, anche ad adulti incorsi in errore giustificabile (*restitutio in integrum propter errorem*). D'altra parte, nulla vietava che lo stesso erede estraneo si tutelasse contrattando preventivamente con i creditori del *de cuius* una riduzione proporzionale delle loro pretese.

[**beneficio di inventario**] Nel diritto giustiniano, un efficace rimedio a favore del chiamato è costituito dall'accettazione con beneficio di inventario. Redatto col mi-

nistero di un notaio e alla presenza dei creditori del defunto, dei legatari e dei fedecommissari, esso aveva l'effetto di tracciare una invalicabile linea di demarcazione tra il compendio ereditario e i cespiti propri dell'erede, sì che questi rispondeva solo fino a concorrenza dell'attivo acquistato a causa di morte, conservando inoltre il diritto alla quarta della legge Falcidia (§ 10).

[separazione dei patrimoni] La confusione dei patrimoni dell'ereditando e dell'erede, oltre che per quest'ultimo, può risultare pregiudizievole anche per i creditori del *de cuius*, i quali possono vedere compromesse le proprie possibilità di soddisfazione a causa delle convergenti pretese dei creditori dell'erede: anche un asse ereditario pienamente attivo, se l'*heres* è di suo oberato di debiti, può ridursi a nulla. Vale, si capisce, anche la reciproca, sennonché per i creditori dell'erede il diritto romano non sembra aver apprestato specifici e stabili ripari. Vero è invece che coloro che vantavano crediti verso il defunto potevano chiedere al pretore o al preside della provincia la separazione dei due patrimoni. In tal modo essi non avevano più motivo di timore, posto che i creditori dell'erede non potevano colpire il compendio proveniente dal defunto se e finché tutti i creditori di questo non fossero stati integralmente soddisfatti.

[altri effetti dell'acquisto] Degli altri eventuali molteplici effetti dell'acquisto ereditario – libertà per i servi manomessi per testamento in modo diretto; nascita, a favore degli onorati, di diritti reali o di credito in forza di legati; di diritti di credito in forza di fedecommissi; estinzione di servitù prediali per confusione, ecc. – ci siamo occupati o ci occuperemo in altri luoghi.

[d] difesa] La titolarità dell'*hereditas*, conseguita nei modi già visti, può non essere accompagnata, di fatto, dalla concreta disponibilità della medesima. Non è infatti escluso – quantunque per gli *heredes sui* ciò appaia poco probabile – che, ad esempio, il fondo ereditario sia posseduto illegittimamente da un soggetto che non intenda rilasciarlo.

[petizione di eredità:] Occorre tuttavia distinguere. Tale possessore può resistere accampando a proprio favore un titolo particolare di acquisto fra vivi – con l'asserire, ad esempio, che l'immobile gli fu donato dal *de cuius* (*possessor pro donato*) –: in questa evenienza l'erede agirà contro di lui con la rivendica, cioè con lo stesso mezzo giudiziario già spettante al defunto nell'ipotesi in oggetto, e che non può certo dirsi azione a difesa dell'eredità. Però il medesimo possessore potrebbe opporsi al rilascio in quanto si ritiene egli stesso erede (*possessor pro herede*), con ciò negando tale qualifica in capo a chi avanza la pretesa. Ora, poiché entra in gioco la titolarità dell'*hereditas*, almeno quanto al bene contestato – ma potrebbe trattarsi di questione che investe l'intero asse ereditario in mani altrui, e in antico così doveva essere di regola –, l'azione esperibile è quella posta a presidio dell'effettività dell'acquisto ereditario, che nei testi classici è chiamata *hereditatis petitio* (petizione di eredità).

[antiche forme] In origine deputata allo scopo era la *legis actio sacramento in rem*. Portata in tribunale una cosa rientrante nell'asse a mo' di simbolo, tanto chi aveva promosso il giudizio quanto l'avversario rivendicavano a sé nel modo a noi noto l'appartenenza dell'eredità. Dal che si evince che una partecipazione attiva a tale causa non poteva riconnettersi che a un *possessor pro herede*. Non sappiamo se già in

epoca risalente a giudicare la lite fossero i *centumviri*, è certo tuttavia che, anche dopo le leggi Giulie giudiziarie del 17 a.C., l'azione di legge per questo giudizio sopravvisse e competente fu quel collegio.

[forme più recenti] Introdotti poi anche per la pretesa relativa all'eredità l'*agere in rem per sponsionem* e poi l'*agere per formulam petitoriam*, ne derivò che potesse partecipare al giudizio anche colui che non possedeva *pro herede*, bensì senza alcun titolo (*possessor pro possessore*). Nel primo caso, infatti, l'attore provocava il convenuto con la *sponsio* – secondo la ricostruzione del Lenel così: “Se l'eredità di cui si tratta è mia per diritto dei Quiriti, prometti di dare venticinque sesterzi?” –, quest'ultimo si limitava a promettere senza controsfida. Perciò non s'impegnava a dimostrare nulla, solo trincerandosi dietro il principio dell'intangibilità del possesso ove non sia provato un titolo poziore. Lo stesso dicasi per la *formula petitoria*, in cui l'attore, in via sostanzialmente analoga, assumeva che l'eredità fosse sua, con ciò accollandosi il relativo onere probatorio. E questo è poi, in età classica, il procedimento consueto, da azione reale con tanto di clausola arbitraria, parametrato sulla falsariga della rivendica.

[legittimazione passiva] Dopo il S.C. Giuvenziano, del 129 d.C., si ammise che, oltre al *possessor pro herede* e a quello *pro possessore*, potesse essere convenuto con la petizione di eredità colui che avesse perduto il possesso o cessato con dolo di possedere allo scopo di eludere il giudizio.

[effetti della soccombenza] Il convenuto soccombente, al fine di evitare la condanna pecuniaria, doveva operare la restituzione *cum causa rei* (ossia della cosa con il suo corredo di risorse), ma la sua responsabilità è qui più gravosa rispetto al possessore sconfitto nel giudizio di rivendica, perché concependosi l'eredità come una *universitas* (cap. V § 2), debbono essere sempre restituiti, nonostante l'eventuale buona fede, pure i frutti anteriori alla contestazione della lite giacché aumentano l'*hereditas*, e così tutti gli arricchimenti ad essa legati.

[giudizio di divisione ereditaria] Con l'*actio familiae erciscundae* (azione di divisione del patrimonio ereditario), di cui – per analogia tematica con la *hereditatis petitio* – si forniscono qui i caratteri salienti, ognuno dei coeredi può provocare il venir meno della comunione ereditaria. L'arbitro deve liquidare a ciascuno la quota di sua spettanza, trasformando una frazione ideale (un terzo, un quarto, ecc.) in beni specifici (il fondo Corneliano, gli schiavi Stico e Eros, ecc.).

La divisione implicata dal giudizio in oggetto verte solo sulle cose materiali ricomprese nell'asse: fin dall'epoca delle XII tavole crediti e debiti fanno capo a ciascun coerede *pro quota* senza che rilevi la permanenza o no in comunione. È tuttavia importante precisare che, in relazione al suo ufficio, l'arbitro, nell'aggiudicare i beni, può trovarsi nella necessità di condannare i singoli coeredi al pagamento di somme di denaro nei loro rapporti reciproci. Ciò per il fatto che una cosa indivisibile eccede la quota dell'assegnatario, oppure con riguardo ai frutti percepiti, alle spese sostenute, ai danni provocati dall'*hereditas*: tutte entità patrimoniali che debbono essere contabilizzate traguardando l'ammontare delle rispettive quote.

L'azione, la cui formula reca l'*adiudicatio* – prima si ricorreva alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* –, è mista (reale e personale) nonché, secondo le Istitu-

zioni di Giustiniano (4.6.28), di buona fede.

3. La *bonorum possessio*

[**origine**] Nata probabilmente, nella tarda età repubblicana, per garantire all'erede civile un rimedio che, per la via interdittale, lo mettesse nell'immediato e provvisorio possesso dei beni già del defunto senza dover esperire la più macchinosa *hereditatis petitio* – o, secondo altri, ricollegabile, in origine, all'assegnazione del possesso interinale ove si contendesse di un'eredità –, la *bonorum possessio* divenne, in progresso di tempo, un vero e proprio articolato sistema successorio creato dal pretore, tale da ricomprendere nella propria più ampia struttura schematica anche quello civilistico.

[**eredità e *bonorum possessio***] Giova fin d'ora sottolineare due punti. Innanzitutto, mentre il diritto civile contempla ipotesi di acquisto automatico dell'eredità (§ 2), ciò per la *bonorum possessio* è da escludersi: bisogna sempre chiederla e il meccanismo attraverso il quale la si consegue è detto *agnitio bonorum possessionis*. In secondo luogo, come agevolmente si evince dal nome dell'istituto, chi ne beneficia ottiene sui beni ereditari non un diritto reale, bensì un possesso qualificato (*in bonis habere*: cap. V § 4); in cui è immesso con l'*interdictum quorum bonorum* (“di quei beni”), che è *adipiscendae possessionis* (cioè per acquisire un possesso prima mai avuto: cap. V § 15); eventualmente reintegrato con un'azione simile alla Publiciana; e che, decorso il tempo necessario (un anno, perché è *pro herede*), porterà all'usucapione e quindi alla proprietà quiritaria. Non è sempre detto, però, che a questo esito finale si pervenga: come vedremo, il titolo pozioro di un erede civile può, in più di un caso, avere la meglio e avocare quella pur qualificata *possessio*.

[**tipi della *bonorum possessio***:] Nel sistema della *bonorum possessio* nella sua veste classica matura, si distinguono tre tipologie di fondo basate su differenti presupposti.

[**a) contro le tavole**] a) *Bonorum possessio contra tabulas* (contro le tavole del testamento): presupposto è la presenza di un testamento ove non si menzionano – e quindi né si istituiscono eredi né si diseredano – discendenti del testatore (*praeteritio*); costoro sono legittimati a chiedere il possesso dei beni: d'altra parte il diritto civile ammette un simile trattamento, con effetti però a volte diversi (§ 7).

[**b) in conformità alle tavole**] b) *Bonorum possessio secundum tabulas* (in conformità alle tavole del testamento): presupposti sono la mancata richiesta nei termini di quella *sub a*, nonché l'essere istituiti eredi in un testamento che, se non sia civilmente valido, almeno presenti, come si spiegherà anche in seguito (§ 5), i requisiti della scrittura e dei sigilli di sette testimoni.

[**c) in assenza delle tavole**] c) *Bonorum possessio sine tabulis* (in assenza delle tavole del testamento): presupposti sono la mancata richiesta, nei termini, di quella *sub b*, nonché un'aspettativa successoria *ab intestato* fondata quanto meno sul diritto onorario. Possono domandarla gli eredi a cui dà titolo la legge delle XII tavole, nonché altri soggetti, legati al *de cuius* da mero vincolo di sangue o di coniugio, che il pretore riconosce ai fini successori, quantunque il diritto civile li escluda dall'*hereditas*.

[funzioni della *bonorum possessio* rispetto all'eredità:] Da quanto finora esposto già si può capire come il sistema della *bonorum possessio* in relazione all'*hereditas* fotografi un po' quelle che per Papiniano (D. 1.1.7.1) sono le funzioni svolte dal diritto pretorio rispetto al diritto civile. **[a) adiutoria]** Funzione adiutoria: (esempio) Tizio è stato scritto unico erede in un testamento regolarmente redatto; i beni ereditari sono nel possesso, *pro herede*, di Caio. Tizio può adire e poi intentare l'*hereditatis petitio*, ma può anche chiedere la *bonorum possessio secundum tabulas* e, ottenuta la stessa, esperire l'*interdictum quorum bonorum* (nulla vieta, tra l'altro che, insieme, adisca e domandi il possesso dei beni): la tutela pretoria si somma qui alla tutela civile, confermandola. **[b) suppletiva]** Funzione suppletiva: (esempio) Tizio muore senza testamento lasciando solo un fratello agnato e la madre (il cui matrimonio fu *sine manu*): per la legge delle XII tavole succede l'agnato; la madre unita al *de cuius* da un mero vincolo di sangue (*cognatio*), non potrebbe ereditare in alcun caso. Il pretore le concede la *bonorum possessio sine tabulis*, ma la pone in una classe di *bonorum possessores* che viene dopo quella in cui sono inseriti gli agnati (§ 4), onde la donna può giovare della *bonorum possessio* solo in quanto, entro i termini a suo favore (che ovviamente incominciano a decorrere prima) non la chieda il fratello del defunto. Orbene in tal caso il pretore crea un *bonorum possessor* privo di titolo civile, ma lo pospone – sì che non possa loro nuocere – a quelli che di tale titolo sono provvisti: il suo è dunque un intervento a integrazione. **[c) correttiva]** Funzione correttiva: (esempio) Tizio muore lasciando un testamento civilmente invalido, perché non vi fu *nuncupatio* (§ 5), ma fornito dei requisiti minimali richiesti dal pretore, in cui istituisce erede l'amico Caio. Per diritto civile l'*hereditas* spetta a Sempronio, zio paterno (agnato) di Tizio: mancando un testamento valido, diventa operante la delazione *ab intestato* e quindi Sempronio ha diritto all'asse. Nello schema pretorio, però, la *bonorum possessio secundum tabulas*, come si vide, viene prima di quella *sine tabulis*: i termini a favore di Caio si aprono anteriormente, onde nell'acquisto successorio egli è in grado di precedere l'agnato. Posto che un erede civile si trova qui in posizione sfavorita rispetto a un successore soltanto pretorio, la funzione è correttiva.

[*bonorum possessio* con effetto e senza effetto] Ma, si potrebbe domandare, in quest'ultimo caso prospettato, l'agnato erede civile, il quale adisca l'eredità dopo che già Caio ha ottenuto il possesso dei beni è propriamente indifeso verso quest'ultimo? Con riferimento a un primo, non breve arco storico, la risposta è no. Esperando l'*hereditatis petitio*, egli può ritogliere il possesso al mero successore pretorio. Si parla, in tale ipotesi, di *bonorum possessio sine re* (senza effetto), perché essa non può essere portata all'esito finale dell'usucapione (è detta invece *cum re* [con effetto] in caso contrario). Come vedremo, però, interventi imperiali operati nel II secolo d.C. a favore dei meri successori pretori fecero sì che all'ordine più favorevole nello schema editale corrispondesse analoga poeriorità nell'acquisto (§ 5).

Il sistema della *bonorum possessio* creato dal pretore, come si diceva, arriva ad assorbire, per certi aspetti, anche quello civilistico, di estensione più esigua. Si tratta d'altronde di una forma di successione universale a causa di morte che, pur distinta dall'*hereditas*, fondata sul diritto civile, ne ricalca per grandi linee i connotati (e a cui si estese, ad esempio, il regime dell'*incapacitas* e dell'indegnità). Certo, il bono-

rum possessor non è un *heres* – né il pretore potrebbe creare eredi –, è però, come dicono le fonti, *loco heredis* (in luogo di erede): come l'erede può esigere i crediti già del *de cuius*, mediante formule fittizie; come l'erede può, per lo stesso tramite, essere convenuto per debiti. È un sistema agile e privo di blocchi perché costruito sul principio della successione nella delazione (*successio ordinum, successio graduum*), per cui il chiamato che non la chieda entro i termini per lui fissati apre la strada al successivo, rendendo più difficile tra l'altro l'*usucapio pro herede* (cap. V § 7). È infine un sistema che, pur mantenendo la sua veste possessoria, permette al pretore di operare profonde e durevoli trasformazioni nel sistema delle successioni *mortis causa*, in particolare *ab intestato*, nel cui spirito e nel cui tessuto connettivo si inserisce poi la legislazione imperiale fino a Giustiniano (§ 4).

[**regime postclassico**] Nell'età postclassica, scomparsa la procedura formulare e offuscata la dicotomia tra diritto civile e diritto onorario, la *bonorum possessio* – pur mantenendosi nel linguaggio delle fonti formalmente distinti i due ambiti – nella sostanza non può che accostarsi sempre più all'*hereditas*: non si domanda più in via giudiziale il possesso, ma, purché sia manifestata in qualunque modo entro i termini una volontà in tal senso, si ottiene sui beni ereditari una situazione giuridica soggettiva non diversa dalla proprietà: cancellato, nel diritto ultimo, l'*in bonis habere*, proprio di *dominium* parlano in proposito alcuni testi giustiniane.

4. La successione *ab intestato* (rispetto agli *ingenui*)

[**a) il sistema delle XII tavole**] La trattazione deve prendere le mosse dalla legge delle XII tavole, oltre la quale non è possibile risalire e che, d'altro canto, diede vita a uno statuto successorio durato per secoli. Vengono in considerazione due versetti (4 e 5) della quinta tavola restituiti – sia pure in forma modernizzata – da un frammento di Ulpiano (Coll. 16.4.1-2): *Si intestato moritur cui suus heres nec escit, adgatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam [habento]*.

Lo scarno dettato decemvirale è stato inteso fondamentalmente in due modi. Il primo parte da una traduzione del seguente tenore: “Se chi non ha un *suius heres* muore senza testamento, abbia l'eredità l'agnato di grado più prossimo. Se l'agnato non c'è, abbiano l'eredità i gentili”. In questa prospettiva, all'epoca della legge delle XII tavole il *suius heres* sarebbe ancora comunque il successore: o perché, stante la sua esistenza, testamento non si può fare, o perché, posta identica premessa, non si può istituire che lui. Ne risulterebbe, in tal caso, l'impossibilità assoluta per chi abbia un *suius heres* di nominare erede un estraneo.

La seconda via interpretativa muove invece da una traduzione del primo versetto impostata in questi termini: “Se taluno muore senza testamento e non ha un *suius heres*, abbia l'eredità l'agnato di grado più prossimo. Ecc.”. Se anche il *suius heres* trova il fondamento del proprio diritto a succedere nell'assenza di testamento, significa – nell'ottica indicata – che, sia pure a precise condizioni, gli può essere preferito un estraneo e che anche per quanto concerne le aspettative del *suius*, e non solo per quelle dell'agnato, la successione testamentaria già all'epoca del codice decemvirale

si pone in posizione di preminenza sul piano logico rispetto a quella *ab intestato*.

È difficile prendere partito in modo sicuro, nondimeno sembra preferibile l'ultima interpretazione, e ciò, in linea di massima, per tre motivi. Innanzitutto un dato sintattico-formale: la prima versione, crediamo, meglio si adatterebbe a un ordine invertito delle due proposizioni iniziali (*Si <is>, cui suus heres nec escit, intestato moritur...*). In secondo luogo per la considerazione che, come vedremo, la legge delle XII tavole presuppone con riferimento ai legati un grado di libertà tutt'altro che esiguo. Infine non pare senza significato che Gaio (3.1), autore tra l'altro di un commento all'antico codice, lo interpreti, sul punto, nel senso qui indicato: “Le eredità di coloro che muoiono senza testamento, in forza della legge delle XII tavole, spettano in primo luogo ai *sui heredes*”.

[(rapporto di anteriorità storica tra le due delazioni)] Diverso è il problema relativo alla priorità storica dell'una o dell'altra delazione. Le XII tavole danno infatti per scontato – in caso di morte intestata – l'acquisto del *sui heres*, con ciò rivelando la sua origine ancestrale e radicata nei *mores* (anzi “in certo modo a monte dei *mores*”, come ha scritto il Pugliese). Se a questo si aggiunge la considerazione che le due più antiche forme di testamento ne presuppongono, come vedremo (§ 5) un ricorso raramente praticabile, se non del tutto eccezionale, è conclusione da condividersi quella che attribuisce il primato cronologico alla vocazione direttamente fondata sul diritto oggettivo. L'orrore per una successione non regolata dal testamento (“horror of intestacy”) che il Sumner Maine attribuiva al cittadino romano antico, nella primissima età repubblicana può dirsi quanto meno ancora in embrione.

[*sui heredes*] La prima classe di successori è dunque costituita dai *sui heredes*. Già sappiamo chi sono: i discendenti in potestà del *de cuius* – compresi gli adottivi e la moglie *in manu* (in luogo di figlia) – che alla morte dell'ereditando diventano *sui iuris*. Sappiamo pure che sono eredi necessari, onde per loro la delazione coincide con l'acquisto (§ 2). **[divisione per capi e per stirpi (rappresentazione)]** L'eredità, se vi siano solo figli e figlie, si divide per capi (tante persone, tante quote uguali); si divide invece per stirpi quando opera la *successio in locum* – oggi diremmo il diritto di rappresentazione – a favore dei discendenti dei figli maschi premorti al *de cuius*, o, lui in vita, usciti dalla famiglia per *capitis deminutio*. Esempio: Tizio muore lasciando il figlio Caio, due nipoti nati dal figlio Sempronio già deceduto al momento della delazione, e tre nipoti nati da Mevio, terzo figlio, emancipato dallo stesso padre Tizio. Le stirpi sono tre: quella di Caio (ancorché identificantesi con il medesimo), quella di Sempronio, quella di Mevio; perciò un terzo tocca a Caio, un terzo ai due figli di Sempronio (un sesto ciascuno), un terzo ai tre figli di Mevio (un non ciascuno). La divisione, come sappiamo, è eventuale, stante sempre la possibilità del *consortium* (cap. V § 9). È poi evidente il motivo per cui la rappresentazione non opera a favore dei nipoti da figlia, i quali appartengono al gruppo familiare del loro padre e non a quello dell'avo materno.

[(*postumi*)] È ammesso il diritto a succedere del *postumus suus*. Si tratta del già concepito al momento della delazione, che, se fosse nato in vita dell'ereditando, si sarebbe trovato in diretta potestà di lui. Mancando quest'ultimo requisito – e pur in presenza, magari, di un parente – si parla di *postumus alienus*, escluso – come si è

detto (§ 2) – anche dalla vocazione testamentaria, per difetto di *testamenti factio* passiva.

In antico, come sappiamo, i matrimoni sono sempre *cum manu*, onde la donna sposata succede in qualità di figlia del marito, dividendo con la sua stessa prole, e perde ogni diritto verso la propria famiglia d'origine: questa, peraltro, costituendole la dote all'atto delle nozze, le ha in certo senso liquidato anticipatamente la quota.

[agnato prossimo] In mancanza di *sui heredes* la successione si sposta dalla famiglia cellulare a quella allargata (rispettivamente, *proprio iure* e *communi iure*: cap. II § 5): l'eredità tocca all'agnato di grado più prossimo, ossia al collaterale in linea maschile non *capite deminutus* più vicino al *de cuius*. **[divisione per capi]** Se ci sono più agnati dello stesso grado l'asse si divide tra loro per capi, mentre la totale inoperatività della rappresentazione fa sì che il più vicino escluda sempre il più lontano. Operando un'interpretazione restrittiva del testo delle XII tavole, la giurisprudenza post-decemvirale nega poi la successione alle agnate di grado superiore al secondo: solo tra i c.d. *consanguinei* (fratelli e sorelle con padre comune, a cui è equiparata la moglie *in manu*) le donne conservano così l'originaria parità di trattamento rispetto ai maschi. Ricordiamo infine che, a differenza del *suus*, l'agnato prossimo è erede estraneo, per cui il suo acquisto è subordinato all'adizione; e inoltre che il suo rifiuto non giova all'agnato successivo (divieto di *successio graduum*), né ai gentili (divieto di *successio ordinum*). Non a ragione qualche studioso moderno ritiene indimostrabile, sul piano testuale, quest'ultima affermazione: con formulazione perfettamente simmetrica rispetto a quella adottata per fondare la successione agnatizia (... *cui suus heres nec escit*), quanto ai gentili, il codice decemvirale afferma, in modo per noi inequivocabile, che questi ultimi succedono solo “se l'agnato non c'è” (*si adgnatus nec escit*).

[gentili] Anche qui dunque l'assenza di appartenenti al nucleo più ristretto (la famiglia *communi iure*) sposta la successione sul gruppo più esteso (la *gens*). **[(probabile) acquisto collettivo]** Poco però sappiamo dell'acquisto ereditario dei gentili – si ritiene che avvenisse in forma collettiva –, è comunque certo che i diritti gentilizi, in origine collegati solo a un *de cuius* patrizio, conobbero una precoce decadenza.

[b] il sistema pretorio (b.n. sine tabulis)] Parallelamente al canone civilistico, cominciò a prender piede a partire dal I secolo a.C., prima solo con funzione adiutoria, poi anche in direzione suppletiva e correttiva, un articolato sistema di successione *ab intestato* creato dal pretore: la *bonorum possessio sine tabulis* (vedi anche § 3).

Destinato, come spiega Gaio (3.18-25), a porre rimedio a molte e gravi iniquità collegate al regime civilistico, esso si fonda in particolare su una concezione, frutto della sensibilità dei tempi nuovi, che non riconosce più come esclusivo e granitico cardine della successione intestata la solidarietà qualificata dal vincolo potestativo, ma che tende a valorizzare il mero legame di sangue e così, in qualche misura, il vincolo coniugale, ancorché non sorretti dal titolo dell'appartenenza al gruppo agnatizio.

[ordini della b.p. sine tabulis:] Nella sua forma definitiva, la *bonorum possessio sine tabulis* prevede (in rapporto a un *de cuius* ingenuo) quattro ordini di delati.

[a] unde liberi (dei discendenti)] a) *Unde liberi* (dei discendenti): presuppone un ereditando di sesso maschile e include, oltre ai *sui heredes*, i discendenti (non adottivi) emancipati e quelli dati in adozione; sempre che – il discorso vale per gli uni e per gli altri – *sui iuris* al momento della chiamata. Come appare evidente, i *sui heredes* cumulano il titolo pretorio con quello civile, i *capite deminuti* invece si possono giovare solo del primo. È operativa la *successio in locum* e suo presupposto è, qui, anche la rinuncia del chiamato. **[collazione dei beni]** Per essere ammesso al concorso con i *sui*, che finora hanno acquistato all'avente potestà, l'emancipato, che invece dopo la *capitis deminutio* ha acquistato a se stesso, deve conferire la propria massa patrimoniale: come l'asse ereditario, essa andrà divisa tra tutti i successori, lui compreso (*collatio bonorum* [collazione dei beni]).

[collazione della dote] Analogamente, entrata in obsolescenza la *manus*, la figlia che ha contratto matrimonio libero, per concorrere con i fratelli alla spartizione dei beni paterni, deve garantire l'apporto in comune del credito relativo alla dote costituitale dal genitore (*collatio dotis* [collazione dotale]).

[b] unde legitimi (dei successori per legge)] b) *Unde legitimi* (dei successori per legge): vi rientrano coloro che il diritto civile considera eredi. Quindi troveremo, di nuovo, i *sui*, nonché gli agnati maschi e le sorelle consanguinee. In tale ordine si trova anche l'ascendente che emancipò il sottoposto, mentre cessano presto di figurarvi, in base al già detto, gli appartenenti alla *gens*. Non opera la rappresentazione, per cui decide la maggiore vicinanza di grado.

[c] unde cognati (dei parenti di sangue)] c) *Unde cognati* (dei parenti di sangue): è la classe che si fonda sul vincolo di parentela in quanto tale. Quindi ci saranno i figli e gli ulteriori discendenti – non però gli adottivi –, i genitori, gli avi e i proavi, i collaterali (entro il sesto grado, fatta eccezione, nel settimo, per il *sobrino natus* [figlio del secondo cugino]). Qui pure non opera la rappresentazione.

[d] unde vir et uxor (del marito e della moglie)] d) *Unde vir et uxor* (del marito e della moglie): unico appartenente alla classe è il coniuge dell'ereditando, il cui matrimonio è stato sciolto dalla morte. Il limite già visto dell'ordine precedente vale a dare un senso non meramente teorico all'aspettativa di questo successibile, che si troverebbe altrimenti posposto a parenti di sangue, sempre reperibili, anche di grado lontanissimo.

[valutazione del sistema pretorio] Come già si è precisato, a differenza di quello civilistico, questo sistema è piuttosto assimilabile a una serie di vasi comunicanti. Esso infatti ammette, nella classe dei *cognati*, la *successio graduum*, per cui entro una classe se il chiamato lascia scadere il termine a suo favore o rifiuta, il tempo riparte a vantaggio del successivo; e la *successio ordinum*, per cui se una classe non esprime alcun *bonorum possessor*, si passa a quella che nello schema viene subito dopo. La classe dei *legitimi*, seguendo rigorosamente i criteri propri del diritto civile, esclude la *successio graduum* (non però la *successio ordinum*, con vantaggio dei *cognati*).

[successori sia civili sia pretori...] Frequente è il caso del cumulo di qualifiche che rendono idonei al beneficio. Si pensi al figlio *suus heres*: egli è al primo posto tra i *liberi*, al primo posto tra i *legitimi*, al primo posto tra i *cognati*, essendo sia soggetto a potestà reso *sui iuris* dalla morte dell'ereditando, sia successore per legge, sia paren-

te di sangue (in primo grado). Egli dunque potrebbe permettersi di lasciar scadere i termini a proprio favore per ben due volte e attendere la terza chiamata. Ma non è detto che ciò sia consigliabile: nella classe dei *cognati* egli può trovarsi a concorrere con meri parenti di sangue del *de cuius*, come lui di primo grado (ad esempio, la madre) che una sua mossa più tempestiva avrebbe tagliato fuori. [... e **successori solo pretori**] Sono però anche tanti – si pensi ai puri parenti naturali – coloro che hanno un'unica qualifica abilitante ai fini della chiamata: la madre (non maritata *cum manu*) può succedere al figlio solo come cognata; se il *de cuius* è di sesso femminile, i suoi figli (anche illegittimi) sono ammessi solo in questa classe; gli *adgnati capite deminuti* e le *adgatae ultra consanguineorum gradum* (zie paterne, nipoti da fratello, ecc.) hanno titolo unicamente qui, e si potrebbe continuare. Va peraltro ribadito che, prima, tutti costoro non avevano alcuna speranza di succedere, e che in tal senso il sistema pretorio, pur rispettando la preminenza degli eredi civili, si rivela profondamente innovativo.

[c) riforme imperiali classiche] Due senatoconsulti emanati nell'età degli Antonini, il Tertulliano e l'Orfiziano, vengono a incidere in modo significativo e stabile sulla successione della madre al figlio e del figlio alla madre. Come sappiamo, entrato in crisi il matrimonio *cum manu* che legittimava la loro reciproca successione per diritto civile tra i consanguinei, per diritto onorario tra i *legitimi*, madre e figlio potevano affidarsi soltanto alle aspettative successorie legate alla *bonorum possessio unde cognati*, oggettivamente piuttosto labili.

[S.C. Tertulliano (successione della madre al figlio)] Il senatoconsulto Tertulliano, di epoca adrianea (117-138 d.C.), rese la madre *sui iuris* (I. 3.3.2 parla anche di donna in potestà, ma il testo, peraltro isolato, sembra operare un'anticipazione) e dotata di *ius liberorum* (diritto dei figli: riconosciuto all'ingenua che avesse tre figli e alla libertina che ne avesse quattro) erede civile del proprio figlio meramente cognato, e pure se illegittimo. Nel nuovo schema essa era preceduta solo dai successori del figlio rientranti nell'ordine dei *liberi*, dal padre (non adottivo) e dal fratello consanguineo; divideva invece con le sorelle: metà dell'asse andava a lei, metà alle sue concorrenti, quante fossero.

[S.C. Orfiziano (successione del figlio alla madre)] Il senatoconsulto Orfiziano, del 178 d.C., deliberato sotto Marco Aurelio e Commodo, conferiva uguale titolo civile al figlio (anche se illegittimo) nella successione alla madre: egli è il primo erede della donna, ma non è ammessa rappresentazione perché la stirpe continua ad essere solo maschile. Può ereditare dalla madre anche il figlio *alieni iuris*: per la prima volta il diritto civile ammette all'eredità *ab intestato* una persona non giuridicamente autonoma. L'innovazione, quantunque rilevante, non va però oltre questo limite: ai fini dell'adizione occorre l'ordine dell'avente potestà e a lui l'acquisto si ascrive. Vero e immediato beneficiario dell'apertura legata all'Orfiziano è dunque solo il figlio *sui iuris*: i diritti della parentela di sangue non superano quelli concessi alla *potestas*.

Un'altra importante deroga, sempre in ambito civilistico, è dovuta al fatto che entrambi i senatoconsulti prevedono la successione nella delazione, per cui, ad esempio, morto Tizio che lascia fratello agnato e madre, per il Tertulliano la rinun-

cia di quello apre la via all'accettazione di questa. Infine poiché, come si è spiegato, madre e figlio diventano ora eredi civili, nello schema pretorio della *bonorum possessio sine tabulis* sono inseriti nella classe *unde legitimi* a prescindere dalla *manus*.

[d) apporti postclassici] Rapidamente abortita, a quanto sembra, una radicale riforma successoria introdotta da Antonino Caracalla (212-217 d.C.), di cui è traccia in un passo di Ulpiano (Coll. 16.9.3), il Basso impero presenta sulla nostra tematica una legislazione densa di interventi, ma in genere estemporanei e frammentari, che spesso danno vita a un ginepraio tale da precludere all'interprete soluzioni sicure.

Sempre nel diritto postclassico, peraltro nel quadro di un assetto patrimoniale della famiglia mutato in radice e in cui la valenza assorbente della patria potestà si va viepiù affievolendo, emerge e si perfeziona un ordine successorio nei beni dei *filii familias* acquistati da costoro *extrinsecus*, cioè non dalle sostanze paterne: quando non sia egli stesso erede, l'avente potestà mantiene su tali cespiti l'usufrutto legale di cui godeva già in vita del sottoposto. **[(collazione dei discendenti)]** Il nuovo assetto, tra l'altro, fa sì che muti anche il fondamento della collazione: l'istituto del diritto nuovo è incentrato sull'onere per il discendente che con altri concorra alla successione dell'ascendente comune di conferire i cespiti pervenutigli dall'ereditando (in particolare a titolo di dote o di donazione nuziale): si parla, in dottrina, di *collatio descendentium* (collazione dei discendenti).

[e) il sistema successorio giustiniano (Novv. 118 e 127.1)] Con la Novella 118, del 543 d.C., modificata parzialmente dalla Novella 127.1, del 548, Giustiniano riordina sulla base di uno schema lineare e completo la successione *ab intestato* nei beni degli ingenui. Il sistema che prende vita si pone come stadio conclusivo del processo di equiparazione dei diritti dei parenti di sangue a quelli degli agnati, ammette come regola il principio della successione nella delazione, e costituisce la base del nostro attuale canone successorio *ab intestato*.

Abolita, a parità di ordine e grado, ogni distinzione di trattamento fra maschi e femmine e fra agnati e cognati, vengono chiamati per primi i discendenti: la *successio in locum* opera senza limiti. Seguono gli ascendenti, che dividono solo con i fratelli germani (che hanno entrambi i genitori comuni): in presenza di soli ascendenti, la divisione avviene per capi se tutti appartengono alla stessa linea, altrimenti le due linee, paterna e materna, ricevono ciascuna la metà dell'asse indipendentemente dal numero dei successibili (è ovvio che entro una stessa linea il più vicino esclude il più remoto). Se dividono con i fratelli germani del *de cuius*, gli ascendenti più prossimi in grado ricevono ciascuno una quota uguale a quella che spetta a ogni collaterale. Dopo gli ascendenti e i fratelli germani, vengono i fratelli consanguinei (che hanno solo il padre in comune) e i fratelli uterini (che hanno solo la madre in comune). La rappresentazione opera, quanto a tutti i fratelli – per i germani anche se concorrano con ascendenti –, unicamente a favore dei loro figli, non anche degli ulteriori discendenti. Vengono infine tutti gli altri collaterali, secondo la prossimità di grado e sempre con divisione per capi.

[successione del coniuge...] La Novella 118 non si occupa della successione del coniuge, che tuttavia è da ritenersi ancora ammessa, ovviamente dopo quella dei parenti. Resta però il solito problema: per non vanificare del tutto tale aspettativa, si

deve concludere che, quantunque se ne taccia, entro la classe dei collaterali sussiste il limite del sesto grado (con l'eccezione, nel settimo, per il *sobrino natus*).

[... e quarta della vedova povera] È peraltro innegabile che un simile meccanismo risulti per il coniuge superstite decisamente penalizzante. Per la donna in particolare lo stato di vedovanza può aprire gravi problemi economici: se sfornita di dote, di donazione nuziale o di altri cespiti, anche la sposa di un ereditando facoltoso può trovarsi in una condizione di improvvisa indigenza, con detrimento della sua dignità sociale. Proprio a tale inconveniente cerca di ovviare una misura giustiniana, in forza della quale in concorso con i figli comuni la donna ottiene una quota in usufrutto: in concorso con figliastri una quota in proprietà; in tutti gli altri casi un quarto dell'asse. Non siamo più comunque, giova precisarlo, in area di successione *ab intestato*: si tratta di beneficio che opera, come una sorta di legato coattivo (o *ex lege*), anche in caso di eredità testamentaria. Tale successione straordinaria, nota con la qualifica di “quarta della vedova povera”, trae origine dalle Novv. 53.6 e 117.5, rispettivamente del 537 e del 542 d.C.

5. Il testamento e le sue forme

[testamento (nozione)] Testamento è per diritto romano l'atto formale a causa di morte con cui si istituisce l'erede. Può contenere, e di solito in effetti contiene, anche altre disposizioni – ad esempio, nomine di tutori, manumissioni di servi, legati, ecc. –, ma si tratta di contenuto eventuale: l'istituzione di erede è disposizione imprescindibile, sulla cui presenza si regge la riconoscibilità e sulla cui validità ed efficacia si reggono validità ed efficacia del testamento stesso.

Stiamo parlando dell'atto testamentario della piena epoca storica: quello, insomma, a cui pressoché tutte le fonti giurisprudenziali in nostro possesso si riferiscono. Per l'età più antica, prudenza consiglia di evitare una definizione così assiomatica; nondimeno, pure per quella fase riteniamo poco probabile la prospettazione di un quadro radicalmente difforme.

Della anteriorità cronologica della successione *ab intestato* rispetto a quella testamentaria già si è detto, come peraltro si è detto della preminenza logico-sostanziale della seconda sulla prima già attestabile per l'epoca delle XII tavole. Preminenza logico-sostanziale non significa, è ovvio, prevalenza statistica: il testamento resta atto infrequente; ciò non toglie che il legislatore decemvirale possa stilare un ordine di successibili che si osserva se testamento non c'è (*si intestato moritur...*).

[forme testamentarie arcaiche:] L'età più risalente conosce due forme di testamento: il *testamentum calatis comitiis* (“a comizi convocati”) e il *testamentum in procinctu* (“in assetto di guerra”). Poche le fonti giuridiche che ne accennano: le Istituzioni di Gaio, i *Tituli ex corpore Ulpiani*, le Istituzioni imperiali, la Parafrasi di Teofilo. Non molte di più quelle letterarie, tra cui spiccano, per importanza ai nostri fini, le già citate *Notti Attiche* di Aulo Gellio.

[*testamentum calatis comitiis*] Il *testamentum calatis comitiis* si faceva davanti al popolo convocato a tale scopo due volte l'anno: in genere si ritiene trattarsi dei comizi cu-

riati, ma non è escluso che i *comitia "calata"* siano un'autonoma forma di adunanza popolare (Gellio, N.A. 15.27 *caput*). [*testamentum in procinctu.*] Il *testamentum in procinctu* era posto in essere davanti all'esercito in armi schierato per la battaglia. Gaio (2.101) implicitamente qualifica il primo come testamento di pace, il secondo come testamento di guerra: "uno pertanto lo facevano in pace e in quiete; l'altro accingendosi a uscire in combattimento". Molto oltre, quanto a notizie, i testi giuridici non vanno: in genere si limitano a concludere che, a un certo punto, queste due forme di testamento caddero in desuetudine.

Assai più vasta è invece in argomento la letteratura giusromanistica col conseguente corollario di ricostruzioni congetturali. Due in particolare staccano nettamente queste realtà testamentarie arcaiche da quella, già da noi definita all'inizio del paragrafo, dell'epoca storica.

[testamento comiziale e arrogazione] Si è spesso pensato a una più o meno precisa coincidenza dell'antico testamento comiziale con l'arrogazione, che si svolgeva davanti alle curie (cap. II § 13): in tal modo il *pater familias* che ne era privo adottava un altro *pater* perché gli divenisse *heres suus ab intestato*. Secondo altri, nelle due prime forme di testamento non vi sarebbe stata istituzione di erede, ma solo assegnazione del patrimonio.

Non è questo il luogo per discutere tali teorie: come già fatto altrove, ci limiteremo a poche considerazioni. L'assimilazione del *testamentum calatis comitiis* all'arrogazione è suggestiva e ha dalla sua corrispondenze innegabili, ma urta contro almeno una difficoltà non lieve, non di rado ignorata o sottovalutata. Le fonti dicono che nell'*adrogatio* il comizio era, appunto, *rogatus*, cioè sottoposto a una interrogazione a cui doveva dare risposta con un assenso o un diniego; mentre, nel testamento, il popolo era solo chiamato a testimone e non esprimeva un suffragio (*in contione*). Or bene, sul piano costituzionale, altro è *cum populo agere*, cioè fare una proposta al popolo finalizzata a una sua decisione, altro è *contionem habere*, "cioè pronunciare parole davanti al popolo senza alcuna interrogazione", spiega Gellio (N.A. 13.16.3, con citazione di Messala). Se nel *testamentum calatis comitiis* il popolo è mero testimone, parimenti mero testimone è l'esercito nel *testamentum in procinctu*: tra le due forme arcaiche del testamento – come ha dimostrato l'Albanese – c'è una assonanza più accentuata di quella che comunemente si tende a vedervi, specie se si pensa che lo stesso testamento, per dirla con Gaio, "di pace", del tutto tale non sembra poi essere, posto che le due date in cui pare si svolgesse, il 24 marzo e il 24 maggio di ogni anno, sono quelle che immediatamente precedono la cerimonia del *tubilustrum*, cioè della purificazione delle trombe in prospettiva di guerra.

[antichi testamenti e istituzione di erede] Quanto alla tesi che non vede nei due antichi testamenti atti recanti l'istituzione di erede, ci limiteremo a sottolineare che il versetto decemvirale (tab. V.3) *Uti legassit suae rei ita ius esto* ("Come avrà disposto del suo così sia giuridicamente fermo"), il quale certo si riferiva anche – se non solo – alle due forme testamentarie in parola, dal giurista Pomponio è interpretato così (D. 50.16.120): "In queste parole delle XII tavole... appare attribuita una amplissima potestà di istituire eredi, di dare legati e libertà e pure di costituire tutele". Parimenti Gaio (2.224) riconnette al nostro versetto la possibilità "di distribuire tutto il

patrimonio in legati e liberazioni di schiavi e di non lasciare all'erede null'altro che tale vuoto nome". Difficilmente i due giuristi del II secolo d.C. sono attendibili nel riconnettere alle XII tavole l'illimitata potestà dispositiva di cui essi parlano, ma sembra altrettanto difficile – sulla scorta di passi di tale tenore – scalzare l'*heredis institutio* dal contenuto dei due testamenti antichi.

[*mancipatio familiae*] Le due forme di testamento finora considerate ne presuppongono, come già rilevato, un ricorso raro e poco agevole: chi, per una fine avvertita come imminente, intendeva dare al proprio patrimonio un assetto a valere per dopo la morte urtava contro difficoltà pressoché insuperabili. La giurisprudenza – quella pontificale, crediamo – elaborò un mezzo per ovviare all'inconveniente di cui sopra. Si tratta della *mancipatio familiae* (mancipazione del patrimonio), che consisteva nel trasmettere, col rituale appunto della mancipazione (cap. V § 8), tutte le proprie sostanze a una persona di fiducia, il *familiae emptor*, dichiarando contestualmente la destinazione che il *mancipio accipiens* avrebbe poi dovuto dare ai vari cespiti patrimoniali. Allo stato delle fonti, se tale *mancipatio familiae* fosse già in uso al tempo delle XII tavole è impossibile a dirsi: ci sembra tuttavia preferibile l'opinione che prospetta una sua origine successiva, fondata sul principio, questo sì decemvirale (tab. VI.1), *Si nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* ("Se farà un *nexum* e una mancipazione, come avrà a voce solennemente dichiarato così sia giuridicamente fermo").

[testamento "per rame e bilancia"] La *mancipatio familiae*, nata come espediente per ottenerne effetti nella sostanza analoghi, diede poi vita, trasformandosi, a una forma testamentaria vera e propria, il *testamentum per aes et libram* ("per rame e bilancia"), che fu l'unica a essere praticata quando le due prime divennero obsolete, e si identificò nel negozio testamentario *tout court* dell'esperienza giuridica romana fino all'età postclassica. Ora, fermo restando l'apparato umano e strumentale richiesto per la mancipazione – testimoni, pesatore, bilancia e *raudusculum* –, il *familiae emptor* risulta un mero figurante, il quale dunque non ha più alcuna funzione sostanziale: la sua presenza serve solo – ed egli stesso, come vedremo, lo conferma – a permettere la realizzazione dell'atto. La effettiva destinazione del patrimonio del testatore è contenuta nelle tavole a cui quello fa riferimento nella sua dichiarazione solenne (*nuncupatio*): lì sono istituiti gli eredi, disposti i legati e le manumissioni, nominati i tutori, e così via.

[rito del testamento librare (*nuncupatio*)] Prende per primo la parola il *familiae emptor* – la formula è riferita da Gaio, in un passo di lezione incerta (2.104) –: "La tua famiglia e il tuo patrimonio nell'amministrazione tua e nella custodia mia, affinché tu possa fare testamento in modo conforme alla legge pubblica, mi siano comprati con questo rame (e con questa bilancia di bronzo)". Dopo di che lascia cadere il *raudusculum* sulla stadera. Segue la dichiarazione solenne (*nuncupatio*) del testatore, il quale, tenendo le tavole del testamento, afferma: "In base a quello che sta scritto in queste tavole cerate, così do, così lego, così faccio testamento e voi, Quiriti, prestami testimonianza". Non è improbabile che questa formula rituale, il cui tono altisonante sembra travalicare la struttura del negozio mancipatorio, sia ricalcata su quella adibita nel testamento comiziale, ove pure, come si è detto, il popolo fungeva

esclusivamente da testimone.

[testamento (meramente) orale] La *nuncupatio*, dunque, ingloba e conferma lo scritto in tutte le sue parti. È però anche possibile la totale assenza di scrittura: in tal caso la *nuncupatio* non contiene alcun rinvio ma è integrale, nel senso che tutte le disposizioni sono scandite dal testatore a viva voce davanti all'accipiente, al pesatore, ai testimoni, e affidate così soltanto alla loro memoria. Si parla in proposito di testamento orale, nel senso – si badi – di testamento “totalmente” orale, perché l'oralità è dominante anche nel primo caso: le tavole, da sole, se non assorbite dalla *nuncupatio*, non varrebbero nulla, nondimeno la loro presenza realizza un dato formale integrante (forma interna) e non meramente probatorio.

[c.d. testamento pretorio] In precedenza, a proposito della *bonorum possessio secundum tabulas*, si è precisato che il pretore la prometteva a coloro che fossero istituiti eredi in un testamento che almeno presentasse il requisito dei sigilli di sette testimoni (§ 3). È quello che si suole chiamare testamento pretorio: in realtà non si tratta di una forma nuova concepita dal magistrato ma, in fondo, del nucleo concreto dello stesso testamento librato (è facile, tra l'altro, riconoscere nei sette testi i cinque della *mancipatio* con l'aggiunta del pesatore e dell'accipiente; i sigilli già erano di prassi) eventualmente non sorretto da elementi rituali richiesti dal diritto civile *ad substantiam*, come, ad esempio, la *mancipatio familiae* e la *nuncupatio*. **[(*bonorum possessio secundum “nuncupationem”*)]** È importante ribadire che il pretore, a maggior ragione, concedeva la *bonorum possessio secundum tabulas* con riguardo a un testamento civilmente perfetto, ivi incluso un testamento senza scritti con *nuncupatio* totale. Quest'ultima forma divenne presto una realtà sommersa ma non scomparve mai del tutto, e un rescritto di Gordiano (C. 6.11.2, del 242 d.C.) in proposito afferma che è pacifico che anche in tale caso si ottiene il possesso dei beni: con notevole rigore terminologico il principe usa l'espressione *bonorum possessio secundum nuncupationem*, cioè “possesso dei beni secondo la dichiarazione solenne del testatore”, posto che, stante la premessa, tavole propriamente non ci sono.

Va anche detto che in origine la *bonorum possessio* fondata su testamento invalido per diritto civile fu *sine re*, nel senso che gli eredi civili potevano con successo rivendicare il compendio ereditario dai possessori dei beni; un intervento di Antonino Pio consentì però, in tal caso, a questi ultimi di respingere la petizione di eredità con l'*exceptio doli* (vedi cap. IV § 3, in fine). Il possesso dei beni divenne con effetto e l'ordine delle *bonorum possessiones* nello schema pretorio – ove come si è visto (§ 3) quella *secundum tabulas* precede quella *sine tabulis* – coincise con la concreta pozzività rispetto all'acquisto.

[testamento militare] A partire dagli albori dell'età classica da qualsiasi formalità nel testare furono invece dispensati i militari in base a una serie univoca di *mandata imperiales*. Essi potevano manifestare in qualunque modo le loro volontà testamentarie e, appurata sul piano probatorio la serietà della dichiarazione, specie se affidata solo alle parole – in tal senso, precisa Traiano (D. 29.1.24; I. 2.11.1), non è sufficiente che uno conversando abbia detto a un commilitone che lo voleva come erede –, le loro disposizioni andavano a effetto. Celebre è la legge di Costantino (C. 6.21.15, del 334 d.C.), in cui si evoca l'immagine drammatica del guerriero ferito a morte che

scrive col proprio sangue sullo scudo o sul fodero della spada, o che consegna le proprie ultime volontà a lettere tracciate nella polvere. Di altra importante deroga, sul piano della sostanza, al *ius commune* sempre a proposito del testamento militare si è detto altrove (§ 1). **[(limiti di efficacia)]** Qui basti rilevare che in origine tale testamento privo di forme aveva valore solo entro un anno dal congedo (purché non ignominioso); in età giustiniana la possibilità di ricorrervi fu poi ristretta ai soli militari occupati nelle spedizioni belliche: quelli di guarnigione potevano pertanto testare esclusivamente nei modi ordinari, come i civili.

[forme testamentarie postclassiche] Nell'età postclassica, pur lungo una direttrice tutt'altro che lineare, prese corpo una forma di testamento che, stante il presupposto della scrittura, fondeva elementi sia del diritto civile – la presenza di testimoni nel numero di sette e la natura contestuale dell'atto –, sia del diritto pretorio – il requisito dei sigilli – sia, *ex novo*, delle stesse costituzioni imperiali del tardo antico – la sottoscrizione del testatore e dei testimoni –: sempre con possibilità che lo scritto fosse steso dallo stesso testatore, da un testimone, o da un terzo. Giustiniano lo chiama testamento (a regime) tripartito, alludendo alla triplice origine dei dati formali di cui si è detto e non vi apporta alcuna innovazione stabile.

[testamento olografo] Resta possibile il testamento orale, alla presenza di sette testimoni. Mentre vita breve, almeno in Oriente, ebbe una disposizione di Valentiniano III (Nov. Val. 21.2) che ammetteva il testamento olografo (in senso moderno: art. 602 c.c.), cioè scritto per intero dal testatore e senza adibizione di testi; **[testamentum parentis inter liberos]** degli stessi può invece fare a meno il genitore che nomini eredi i propri figli senza al contempo beneficiare estranei: è però necessario, in tal caso, che egli scriva di propria mano la data, i nomi dei figli istituiti e le quote ereditarie in lettere (c.d. *testamentum parentis inter liberos*, a cui dà l'ultimo assetto Giustiniano nella Nov. 107.1, del 541).

[testamenti pubblici e speciali] Oltre a due forme di testamento pubblico – il *testamentum principi oblatum* (presentato all'imperatore, che lo conserva nei suoi *scrinia*) e il *testamentum apud acta* (posto in essere presso un pubblico ufficio) –, il diritto postclassico e giustiniano conosce anche forme modificate in via speciale a favore di talune categorie di soggetti o con riferimento a circostanze di emergenza: per il cieco si richiede la scrittura da parte di un notaio o di un ottavo testimone (al non vedente è quindi inibito l'atto meramente orale); per la gente di campagna, poco pratica di diritto e anche di lettere, si ammette che sottoscriva solo chi è in grado di farlo nonché l'eventuale riduzione del numero dei testimoni a cinque; nell'imperversare di un grave morbo contagioso – devastanti si rivelarono alcune epidemie di peste – onde limitare il pericolo, si rinuncia al requisito della loro contemporanea presenza.

6. L'istituzione di erede e le sostituzioni

[a] l'istituzione di erede “caput et fundamentum” “I testamenti – insegnano le Istituzioni di Gaio (2.229), e varie altre fonti fanno loro eco – prendono forza dall'istitu-

zione di erede, e perciò l'istituzione di erede si considera come il principio e la base di tutto il testamento (*caput et fundamentum... totius testamenti*)". Non si dà pertanto testamento senza istituzione di erede; l'istituzione di erede deve precedere tutte le altre disposizioni; il vizio o l'inefficacia della istituzione di erede coinvolge nella sua sorte negativa tutte le altre disposizioni.

Questi canoni di fondo, non sono intaccati fino all'età classica; poi sono affiorate diverse deroghe, ma ad esse accenneremo in seguito.

[forma] La nomina dell'erede va disposta in forma solenne con parole imperative e dirette, indici di un'inequivocabile determinazione per il cui estrinsecarsi non occorrono, né possono ammettersi, tramiti di sorta. **[formule ammesse e riprovate]** *Titius heres esto* ("Tizio sia erede") è la formula primigenia e antonomastica. All'epoca in cui scrive Gaio era approvata anche *Titium heredem esse iubeo* ("Ordino che Tizio sia erede"), che con ottica diversa da quella semantica il diritto, anziché iussiva, considera precativa e come tale propria del fedecommesso (§ 11). Per il giurista Marciano, in pieno III secolo d.C., vale anche *Titius hereditatis meae dominus esto* ("Tizio sia padrone della mia eredità"): è il segno di un formalismo che denuncia ormai qualche limite di tenuta. **[formula incompleta]** Non paiono invece indici ulteriori del fenomeno in parola i casi in cui i giuristi salvano la formula amputata di qualche elemento – ad esempio, *Titius esto* ("Tizio sia [scil. erede]") – perché ci si basa sul presupposto, peraltro palesemente fittizio, che nelle tavole sia stato scritto meno di quello che il testatore in effetti dichiarò (*plus nuncupatum, minus scriptum*). Comunque, nel 320 d.C., l'imperatore Costantino (C. 6.23.15) abolisce la fissità delle formule e ammette qualunque espressione univoca, concludendo per l'irrilevanza delle parole solenni "pronunciate magari dalla lingua balbettante di un moribondo".

[istituzione di erede come *fundamentum*] Ciò, si badi, non significa che l'*heredis institutio* ora possa mancare o che non sia più, nel senso già visto, base (*fundamentum*) dell'atto testamentario. Prescindendo dal testamento militare che segue un'orbita propria, il primo canone resta per l'intero arco storico: nessun testamento senza istituzione di erede. Il secondo subisce più di una eccezione, ma, nel complesso, non risulta demolito (vedi, ad esempio, § 7, in fine).

[istituzione di erede come *caput*] Diversa è la sorte della regola che assegna all'*heredis institutio* il posto di capofila, il che in origine comportava che tutte le disposizioni poste prima di essa fossero invalide. La giurisprudenza protoclassica accettò che in caso di istituzione del servo proprio con affrancazione, anziché "Stico sia erede e libero", si dicesse "Stico sia libero e erede", per la profonda connessione tra le due disposizioni. In seguito si ammise che anche una nomina di tutore (che non comportava incidenza patrimoniale), una diseredazione (che costituiva un *prius* logico), un fedecommesso (che per diritto civile era come non ci fosse), potessero venire prima. Restava ancora il legato: fu Giustiniano (C. 6.23.24, del 528) ad ammettere che esso pure potesse precedere l'*heredis institutio*, abbattendo così anche l'ultima colonna di un dogma.

[istituzione di erede e elementi accidentali] Rapidamente va ricordato che l'istituzione di erede poteva essere sottoposta a condizione sospensiva; che la condizione impossibile o illecita si aveva per non scritta; che non era ammesso il termine, né ini-

ziale né finale (anche in tal caso la disposizione valeva come pura); che ad essa poteva essere collegato un *modus*, per la cui nozione rinviamo a quanto già esposto (cap. IV § 2).

[contenuto] Sul piano del contenuto dispositivo l'*heredis institutio* può essere inoltre *ex asse* (universale), cioè riguardante l'intero patrimonio, o *ex parte*, cioè attributiva di una quota, calcolata di solito in dodicesimi (once). Se più sono istituiti eredi senza indicazione di quote, l'asse si divide in parti uguali. Se più sono istituiti con designazione di quote che non esauriscono l'asse, il residuo si accresce a ciascuno proporzionalmente. Se solo alcuni sono istituiti con indicazione di quote che non esauriscono l'asse, all'altro o agli altri – in tal caso fra loro in parti uguali – tocca il residuo di cui il testatore non dispose. Se l'attribuzione supera l'asse, le quote si riducono proporzionalmente.

[istituzione *ex re certa*] Poiché l'istituzione di erede presuppone il subentro nell'intero asse o in una sua quota iniziale, se disposta dal testatore in cosa determinata (*ex re certa*: “Tizio sia erede del fondo Corneliano”), per una sorta di evidente contraddizione in termini, dà luogo a una complessa problematica. A una originaria recisa propensione per la nullità, si sostituisce poi – da parte dei giuristi – la tendenza a salvare il testamento prescindendo dalla menzione del bene specifico. Sotto altro aspetto, in caso di pluralità di eredi la volontà del *de cuius* viene in via di principio assecondata con l'attribuzione delle cose indicate ai loro destinatari in sede di divisione ereditaria.

[b) sostituzioni:] Strettamente collegato alla tematica dell'istituzione di erede è il discorso relativo alle sostituzioni.

[volgare] La sostituzione volgare – l'aggettivo qui sta per “comune”, “usuale” – crea un grado di vocazione ereditaria in subordine a quella dell'istituito, per il caso cioè che questi non possa o non voglia acquistare. Non si tratta – giova precisarlo – di trasmissione della delazione, ma di autonomo titolo di chiamata a favore del sostituto, che si fonda direttamente sul mancato esito della istituzione, oppure – bisogna aggiungere, visto che i gradi di eredi possono essere molteplici – della *substitutio* che immediatamente precede. Prova ne sia che l'istituzione di erede può essere pura benché la vocazione sostitutiva sia condizionata, e viceversa (analogo discorso vale per il rapporto che si instaura tra più sostituzioni messe in fila).

Se l'istituzione – o la *substitutio* che viene prima – è accompagnata dalla *cretio perfecta* (“che se così non avrai fatto la *cretio*, sii diseredato. Allora sia erede Mevio”), il delato che non la compia è diseredato e subentra il sostituto. Se invece la *cretio* non reca clausola di diseredazione (“che se così non avrai fatto la *cretio*, allora sia erede Mevio”), il delato di partenza può, comportandosi da erede (*pro herede gestio*: § 2), ottenere la metà della quota di propria vocazione, restando al sostituto l'altra metà. Se poi trascura ogni forma di adizione, il sostituto, anche in questo caso, subentra per l'intero.

[pupillare] La sostituzione pupillare presuppone l'istituzione di un *heres suus* impubere in potestà del testatore. Il *pater familias*, in ultima analisi, redigendo un testamento per due eredità, istituisce un erede al discendente per il caso che questi gli diventi erede ma muoia prima di aver raggiunto l'età pubere, che gli avrebbe

consentito di testare. La formula è la seguente: “Tizio, mio figlio, mi sia erede; *se mio figlio non mi sarà erede o sarà erede ma muoia prima di giungere a tutelarsi in via autonoma, allora sia erede Seio*”. La sostituzione pupillare vera e propria è quella indicata in corsivo: la prima formula integra la sostituzione volgare, che dall'età medioclassica si ritenne sempre implicata dalla pupillare.

[**quasi pupillare**] Sostituzione quasi pupillare, o esemplare (in quanto parametrata sull'esempio di quest'ultima) è l'istituto, di matrice giustinianea, per cui l'ascendente di un mentecatto, anche pubere, può, istituendolo erede, nominare un sostituto per il caso che il malato di mente muoia in tale stato. Il parallelismo con la sostituzione pupillare è evidente: si fa anche qui testamento per un istituito che, perdurando quella condizione, testamento non potrebbe fare. Nel caso dell'impubere però – e tale *substitutio* è risalente – ci troviamo di fronte a una espansione estrema della patria potestà che supera addirittura il carattere personalissimo dell'atto testamentario; nel caso dell'infermo di mente – in una temperie storica ormai profondamente mutata – si tratta soprattutto di ragioni protettive e di opportunità.

7. La successione necessaria o contro il testamento

[**diseredazione e preterizione**] Secondo l'opinione qui accolta, già all'epoca della legge delle XII tavole ai *sui heredes* potevano, per testamento, essere preferiti eredi estranei. Va però anche aggiunto che, ammessa tale libertà di testare, la posizione dei *sui heredes* fu poi dal diritto civile tutelata almeno nel senso che costoro, se non venivano istituiti eredi, dovessero essere esplicitamente diseredati. Non era dunque consentito al testatore passarli sotto silenzio (*praeteritio*): se intendeva escluderli dall'eredità doveva manifestarlo espressamente, facendone univoca menzione.

Si tratta certo, per i *sui*, di una garanzia abbastanza labile – anche perché l'*exheredatio* non richiede motivazioni – ma non del tutto destituita di spessore. Diseredare un figlio è un atto grave, che spezza una continuità familiare: vale dunque come una sorta di uccisione morale, e in tal senso non è senza significato che Paolo (D. 28.2.11) ci veda una facoltà di segno analogo al potere di vita e di morte e la giustifichi, con ragionamento *a fortiori*, in base all'esistenza di questo. Orbene, una dichiarazione espressa e solenne induce alla ponderazione: un mero affidarsi al silenzio aiuta a eludere il problema di coscienza ed è comunque indice di un atteggiamento tra il cinico e il superficiale che il diritto, nel nostro ambito, non approva. Né d'altro canto dimostra particolare favore per la stessa diseredazione: essa è l'immagine speculare dell'istituzione di erede, onde non ammette, ad esempio, né termine né connessione con una *res certa* (“A mio figlio Tizio lego il fondo Corneliano, nella parte restante sia diseredato”; o anche: “Mio figlio Tizio sia diseredato nel fondo Corneliano”), ma qui l'interpretazione è restrittiva, onde tali elementi invalidano il negozio, posto che – insegna Cervidio Scevola (in Paolo, D. 28.2.19) – le diseredazioni non vanno incoraggiate. Augusto arrivò ad emanare un editto che vietava al testatore di diseredare il *filius familias* soldato, ma la norma ebbe, a quanto sembra, vita breve (D. 28.2.26, di Paolo).

[figlio e *ceteri sui*] Gli *heredes sui*, si diceva, vanno o istituiti o diseredati. Diversa è tuttavia la situazione del figlio rispetto a quella, comune, della figlia e degli ulteriori discendenti di ambedue i sessi. Il primo – come si evince dall'esempio di cui sopra – deve essere diseredato nominatamente (*Titius filius meus exheres esto*; “Tizio, mio figlio, sia diseredato”); gli altri possono anche venire diseredati con previsione generica (*inter ceteros*; [letteralmente] “tra gli altri”; *ceteri omnes exheredes sunt*; “tutti gli altri siano diseredati”: parole che, è ovvio, presuppongono una istituzione di erede antecedente).

[effetti della preterizione] La preterizione del figlio rende il testamento nullo in radice – per i Sabiniani, la cui tesi prevalse, anche nel caso che il discendente premuoria al testatore –; la preterizione dei *ceteri sui* non inficia l'atto, ma fa sì che essi si aggiungano agli eredi scritti: divideranno in parti uguali se questi ultimi sono essi pure dei *sui*, otterranno metà dell'asse in concorso con istituiti estranei. È, questo, un caso di deroga sostanziale al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (§ 1), ma le fonti preferiscono parlare di diritto di accrescimento, e ciò si giustifica con la considerazione che coloro che ne beneficiano rispondono dei legati alla stessa stregua degli eredi testamentari.

[postumi sui] Anche i *postumi sui*, come gli altri *sui heredes*, vanno istituiti o diseredati – se maschi nominatamente, se femmine anche “tra gli altri” (in tale ultimo caso, lasciando loro un legato, quantunque di minima entità) – ma il sesso di costoro non incide sugli effetti della preterizione: il testamento, valido all'origine, “si rompe” (*rumpitur*), ossia si invalida per intero, qualora il postumo nasca vivo: che poi muoia dopo qualche istante – taglia corto Giustiniano nel risolvere un'eterna disputa (C. 6.29.3, del 530) – non ha ai nostri fini alcun rilievo.

[*bonorum possessio contra tabulas...*] Ai soggetti illegittimamente preteriti per il diritto civile anche il pretore venne poi in soccorso promettendo loro la *bonorum possessio contra tabulas*, ma non si limitò ad essi, estendendo il beneficio anche ad altri discendenti che rientravano nella classe *unde liberi* dei successori *ab intestato* secondo l'editto: anche gli emancipati (*sui iuris*) e i dati in adozione (pure *sui iuris*) non possono dunque venire trascurati. Essi tuttavia, a differenza dei *sui*, hanno solo titolo pretorio.

[... e suoi effetti] Il conseguimento del possesso dei beni contro le tavole fa cadere il testamento e apre la successione intestata (in concorso con *sui*, l'emancipato è tenuto alla collazione dei beni: § 4). In caso di figlio *heres suus* preterito, gli effetti rispetto a quelli previsti dal diritto civile non mutano; sono invece assai diversi in caso di preterizione di una figlia o di un discendente oltre il primo grado se istituiti sono degli estranei: a questi ultimi infatti non tocca nulla, mentre per diritto civile, come si è detto, avrebbero conseguito metà dell'asse. Però l'imperatore Antonino Pio, trattandosi di figlie – in potestà o *sui iuris* – preterite, stabilì che con la *bonorum possessio* esse non potessero ottenere più di quanto sarebbe loro spettato *iure civili* per accrescimento (Gai. 2.126). Per essere efficace ai fini di impedire l'*agnitio* della *bonorum possessio contra tabulas*, la diseredazione dei maschi va disposta nominatamente, quella delle femmine ammette anche la formula generica (*inter ceteros*): tutto ciò indipendentemente dal grado di parentela in linea retta.

[primo intervento giustiniano] Caduti in precedenza gli altri requisiti formali, Giustiniano, con un intervento normativo che si rivelerà provvisorio (C. 6.28.4, del 531; I. 2.13.5), stabilì che la diseredazione dovesse avvenire in ogni caso nominatamente, e che la preterizione avesse sempre il medesimo effetto di invalidare del tutto le tavole, con esclusione quindi degli estranei istituiti.

[successione necessaria formale...] Le norme di cui si è trattato finora attengono a quella che in dottrina si è soliti chiamare “successione necessaria formale”. L'espressione, per taluni aspetti non felicissima, rende però abbastanza bene l'idea di un dato di forma che esaurisce in se stesso ogni finalità giuridica, lasciando del tutto aperto il problema concernente l'effettiva soddisfazione delle aspettative successorie dei parenti più stretti.

Se infatti il testatore disereda i propri figli (in potestà, emancipati, postumi, ecc.) – e facendolo nominatamente non sbaglia mai – a costoro non tocca nulla. Si è rilevato che si tratta di un atto grave e circondato da scarso favore, però siamo di fronte pur sempre a un atto lecito. In questo modo è possibile devolvere interi patrimoni a persone del tutto estranee alla famiglia, mossi magari da motivi futili o riprovevoli, e vanificare così le giuste aspettative successorie della propria discendenza. Le regole fin qui progressivamente enucleate non sono in grado di impedire siffatti risultati. **[... e materiale]** Vi pone invece progressivamente rimedio il tessuto normativo, ampio e composito, che viene a sostanziare la cosiddetta “successione necessaria materiale”.

[crescente sfavore verso l'esclusione dei congiunti] Il sentire morale e sociale dura sempre più fatica ad ammettere che, sia pure rispettando alla lettera le forme, taluni parenti stretti possano essere esclusi dalla successione per un capriccio del testatore. Si incominciano così a verificare, nell'ultimo secolo della repubblica, casi di impugnativa di testamenti che, pur regolarmente redatti, denotano l'insensibilità di cui si è detto nei confronti dei legami familiari. Cause di questo genere arrivano con il tempo a produrre gli effetti desiderati, cioè l'apertura della successione *ab intestato*, a cui coloro che si sono querelati sanno ovviamente di aver titolo.

[officium pietatis e espediente retorico per l'impugnativa] Il motivo reale risiede, dunque, nell'inottemperanza da parte del testatore all'*officium pietatis*, cioè al “dovere di affetto” (con riscontro concreto, s'intende) verso i parenti più prossimi. Tuttavia per fondare giuridicamente l'azione si ricorre a un artificio retorico: si evoca, nel quadro di una finzione, l'immagine di un testatore affetto da pazzia, giusta il ragionamento che solo un insano di mente può senza alcuna valida causa allontanare i congiunti dalla successione; e non è difficile rappresentarsi, su questo terreno, l'incisiva e appassionata eloquenza degli oratori che difendevano le cause avanti le sezioni centumvirali e a cui va attribuito il merito di una feconda invenzione.

Si tratta, lo ripetiamo, di un mero espediente, il quale permette tuttavia di inserirsi nelle maglie di un per altro verso inattaccabile rispetto delle forme, producendo un risultato analogo a quello connesso a un'effettiva mancanza di *testamenti factio* attiva per squilibrio mentale del *de cuius* (§ 8).

[querela inofficiosi testamenti] La *querela inofficiosi testamenti*, a uno stadio di evoluzione maturo – le origini sul piano processuale sono pressoché insondabili –, si presen-

ta come un'azione esperibile davanti al tribunale dei centumviri, la quale permette di attaccare il testamento allegandone l'“inofficiosità” nelle forme della *legis actio*, sopravvissute, in questi ambiti, alla *lex Iulia iudiciaria*. Più tardi subentrarono i canoni della *cognitio extra ordinem*, senza – a quanto è dato evincere – uno stadio formulaire intermedio.

Ci sentiamo anche di aggiungere che, con riferimento alla *querela*, l'affermazione – diffusissima non solo nella manualistica – secondo la quale il diritto civile non conoscerebbe l'annullabilità del negozio, dev'essere, entro certi limiti, ripensata.

[legittimati e quota di riserva] Circa i legittimati all'esperimento del reclamo, sembra che per un periodo considerevole i criteri di ammissione non siano stati particolarmente rigorosi; poi, verso la fine del III secolo d.C., la facoltà di agire si fissò in capo ai discendenti, agli ascendenti e, nella linea collaterale, ai soli fratelli e sorelle. Sempre lungo la direttrice di una limitazione all'esercizio dell'impugnativa, si stabilì che non potessero intentare la *querela* quanti avevano ricevuto – per eredità, legato, donazione a causa di morte – almeno un quarto di quanto sarebbe toccato loro *ab intestato*. Da questo criterio prese lentamente corpo, sotto diversa angolazione, il concetto giuridico sostanziale di quota legittima o riserva (*pars legitima*, *portio debita*), identificabile in una frazione dell'asse di cui il testatore non poteva disporre a favore di estranei; allo stesso modo si delineò la categoria – pure giunta fino a noi (artt. 536 c.c. ss.) – dei legittimari: soggetti che, fatte salve giuste cause di esclusione (non codificate, però), avevano diritto a una quota ereditaria con relativa possibilità, in caso contrario, di attaccare il testamento. Sulla determinazione di tale quota in un quarto, compiutasi forse al tempo di Domiziano (81-96 d.C.), ebbero notevole peso le figure della *quarta Falcidia* (§ 10) e, derivata dalla prima, della *quarta Pegasiana* (§ 11): logica infatti vuole che, come deve mettere in conto di perdere i tre quarti a favore di legatari o fedecommissari, il legittimario non possa esimersi dal fare altrettanto nei riguardi di chi, in identica misura, è beneficiato dal *de cuius* tramite una istituzione di erede.

[querela inofficiosae donationis e inofficiosae dotis] Nel diritto tardoclassico emergono la *querela inofficiosae donationis* e la *querela inofficiosae dotis*: con la prima si rescindono (o si riducono) le donazioni, con la seconda le costituzioni di dote che ledono la riserva a favore dei legittimari.

[finale riforma giustiniana] Giustiniano, per evitare palesi incongruenze che si manifestavano nel regime della *querela*, stabilì che chi aveva ricevuto meno del quarto poteva soltanto chiedere giudizialmente l'integrazione della propria quota (*actio ad implendam legitimam*); portò poi l'originario quarto a un terzo se gli aventi diritto non erano più di quattro, e alla metà in caso di numero maggiore, precisando che deve sempre trattarsi di frazioni lasciate in proprietà piena (Nov. 18.1,2, del 536). Infine, con la Novella 115 del 542, assorbendo il sistema della successione necessaria formale in quello della successione necessaria materiale, stabilì che discendenti e ascendenti non potessero essere esclusi dall'eredità se non in presenza di specifiche giuste cause di ingratitudine tassativamente elencate nella stessa legge (quattordici per i discendenti, otto per gli ascendenti). L'inottemperanza a tali disposizioni fa cadere le istituzioni di erede, con subentro dei successori *ab intestato*,

ma lascia salve le altre disposizioni testamentarie (legati, fedecommissi, manumissioni, ecc.): è una deroga al principio che vuole la nomina dell'erede come fondamento dell'intero atto *mortis causa* (§ 6).

Nella Novella 115 fratelli e sorelle non sono menzionati: già Costantino li aveva ammessi all'impugnazione del testamento – escludendo però gli uterini – solo nel caso che fossero state loro preferite persone turpi o liberti, e tale ultima norma restrittiva aveva poi trovato sostanziale conferma nelle Istituzioni imperiali (2.18.1). La sopravvivenza della loro qualità di legittimari alla riforma del 542 è, tutto sommato, da ammettersi, ma per motivi su cui in questa sede non possiamo soffermarci ne risulta incerta la disciplina successoria.

Della cosiddetta quarta della vedova povera già si è trattato (§ 4 in fine).

8. L'inefficacia del testamento

[cause originarie e sopravvenute] Il risultato dell'inefficacia, cioè della mancata produzione di effetti, può derivare al testamento da cause originarie o sopravvenute. Le prime incidono di regola sulla sua validità, le seconde invece possono anche non intaccare la stessa, ma far sì che ugualmente il testamento sia privo di operatività.

[cause originarie: a) *carenza di testamenti factio attiva*] Cause originarie. Si tratta innanzitutto di difetto di capacità del testatore (mancanza di *testamenti factio attiva*). In generale, per fare testamento occorre essere liberi, cittadini, *sui iuris*, puberi, sani di mente, in grado di parlare e udire, non interdetti rispetto ai beni. [servo] È invalido *ab origine* il testamento del servo (ma in via del tutto eccezionale il servo pubblico del popolo romano è ammesso a testare sulla metà del peculio [Tit. Ulp. 20.16]); [filius familias] prima delle disposizioni sul peculio castrense, quello del *filius familias*; [impubere] quello dell'impubere, anche se fu interposta l'*auctoritas tutoris*: né rileva che costoro al momento della morte si trovino nella condizione che avrebbero dovuto rivestire quando testavano. [donna] La donna *sui iuris* può testare con l'autorizzazione del tutore (la necessità di compiere a tal fine la *coemptio* fiduciaria è abolita da Adriano [cap. II § 8]).

[prigioniero] Il testamento del prigioniero di guerra redatto in prigionia è invalido, come quello di qualunque schiavo; redatto in patria prima della cattura è sempre salvo: se il testatore ritorna, per il *ius postliminii*; se muore presso il nemico, per la *fictio* della legge Cornelia, probabilmente di Silla, che lo considera deceduto al momento della cattura, e quindi in stato di libertà (vedi anche cap. II § 3).

[pazzo] Il testamento del *furiosus* è valido solo se fatto in un lucido intervallo; peraltro la pazzia sopravvenuta non incide sulla validità dell'atto posto in essere in stato di sanità mentale. [muto e sordomuto] In diritto giustiniano è valido il testamento, redatto per iscritto dallo stesso autore, del muto e del sordomuto non dalla nascita; nonché quello del sordo.

[b] *vizi formali*] Cause originarie sono pure i vizi formali: relativi alla forma esterna (ad esempio, adibizione di testi impuberi, o stranieri, o in potestà del testatore, o in numero inferiore a quello legale, ecc.); relativi alla forma interna (ad esempio,

istituzione di erede disposta con formula precativa, o – in origine – in cosa determinata, diseredazione *inter ceteros* di un figlio, ecc.).

[cause sopravvenute] Cause sopravvenute. Incidono sulla validità quelle che “rompono” il testamento (ad esempio, nascita di un postumo non preventivamente diseredato); e quelle che lo rendono “irrito” (*capitis deminutio* subita in seguito dal testatore). Invalida il testamento anche quello posteriormente fatto, il quale dunque revoca l'atto anteriore (sull'argomento ritorneremo poco sotto).

[inefficacia senza invalidità] Non incidono sulla validità del testamento le cause di inefficacia legate al mancato avveramento della condizione apposta all'*heredis institutio* e la mancata accettazione da parte dell'erede istituito (testamento deserto).

[revoca] La possibilità di revoca del testamento ad opera del suo autore non ammette limiti. L'atto *mortis causa* è però revocato solo da un successivo testamento valido, ancorché eventualmente inefficace. In altri termini, non è contemplata la revoca legata a una manifestazione di volontà, espressa o tacita, in senso meramente negativo, e quindi non connessa a un nuovo regolamento successorio voluto dal medesimo testatore. Così la rottura dei sigilli, l'incisione del filo di lino che tiene unite le tavole, l'abrasione e anche la materiale distruzione delle stesse, non sortiscono, per diritto civile, altro effetto che quello, eventuale, di rendere ardua la prova del contenuto, peraltro ricostruibile in via diversa.

[(revoca dei lasciti a titolo particolare)] Il discorso non vale per le disposizioni a titolo particolare, ad esempio i legati, che possono essere infirmate da una volontà contraria espressa nei modi prescritti, lasciando in vita la parte restante del testamento; e nemmeno vale per il *testamentum militis*, che, come non richiede forme ai fini della confezione, così non ne richiede per ciò che concerne la revoca.

[lesione delle tavole e sua rilevanza...] La generale regola civilistica si comprende: come si è detto (§ 5), lo scritto è assorbito nella *nuncupatio* orale, e questa – non toccata – resiste e tiene in vita l'atto anche in caso di intervento materialmente distruttivo del testatore. [... nel diritto civile nuovo...] Costituzioni imperiali dell'età medioclassica rivelano tuttavia l'intento di valorizzare in qualche misura la chiara volontà del testatore palesata dal danneggiamento delle tavole: non si arriva a sconfessare il canone-base di cui si è detto, ma si dichiarano indegni gli eredi scritti nel testamento lesionato, accollando tuttavia al fisco l'onere di legati e manumissioni.

[... nel diritto pretorio...] Diversa è la situazione sul piano del diritto onorario. Se il testatore ha infranto i sigilli o distrutto le tavole, il pretore non concede agli eredi istituiti la *bonorum possessio secundum tabulas*, perché sono venuti a mancare i requisiti minimi che qui si postulano, ammettendo così i successori *ab intestato* alla *bonorum possessio sine tabulis* e fornendo loro, se del caso, la difesa dell'*exceptio doli* contro la petizione di eredità esperita dai chiamati testamentari.

[... nel diritto postclassico] Nel diritto postclassico incominciano ad ammettersi casi di revoca pura del testamento, i quali poi tendono a generalizzarsi. Un passo delle *Pauli Sententiae* (4.8.1) riportato dalla *Collatio* dice che sono da ritenersi morti senza testamento, tra gli altri, *qui linum ut intestati decederent, abruptuerunt*, cioè hanno tagliato il filo – e perciò fatto saltare i sigilli – con l'intenzione di far luogo alla successione intestata. Si tratta di un segno evidente della fusione tra *hereditas* e *bonorum*

possessio a cui si assiste nell'età tardoromana e della quale già altrove si è parlato. Sulla base di un simile presupposto, la regola è infine accolta nel diritto giustiniano.

9. I codicilli

[concetto] Oltre al testamento, l'esperienza giuridica romana ha conosciuto – per intenderci – un altro “contenitore” di disposizioni a causa di morte: il codicillo. La sua origine tuttavia è assai più recente e la sua potenziale capienza, parimenti, più limitata.

[origine] Secondo un celebre *excursus* di storia giuridica presente nelle Istituzioni di Giustiniano (2.25 pr.), l'inventore dei codicilli sarebbe stato Lucio Léntulo, che morendo in Africa avrebbe lasciato, appunto, dei codicilli confermati nel testamento, nei quali onerava Augusto di fedecommissi e la propria figlia di legati, a favore di terze persone. Le volontà del defunto furono rispettate e successivamente – il che invero è abbastanza singolare: ci si sarebbe aspettati una verifica preventiva – il principe convocò gli esperti di diritto, tra cui spiccava Trebazio, e domandò loro se l'uso dei codicilli fosse o no in consonanza con i canoni giuridici generali. La risposta affermativa dei *prudentes* fece sì che il ritrovato di Lentulo si trasformasse in un istituto giuridico stabile, grazie anche, di lì a non molto, la redazione di codicilli da parte di un giurista dell'autorità di Labeone.

Non è possibile, in questa sede, soffermarsi oltre sul brano delle Istituzioni imperiali, che pure ha destato in dottrina perplessità ben più profonde di quella enunciata sopra incidentalmente. Sembra comunque che la vera innovazione di Lentulo sia consistita nella utilizzazione di codicilli per disporre non fedecommissi – il che è da ritenersi di uso un po' più risalente – bensì legati, ossia lasciati validi per diritto civile.

Del tutto destituito di fondamento – almeno nel senso in cui in genere si interpreta la fonte – è invece il dato fornito da Isidoro di Siviglia (*Origini* 5.24.14), che riconduce il nome dei codicilli a quello del loro preteso primo autore: non Lentulo, dunque, ma un certo “Codicello”, ben difficilmente identificabile, temiamo. “*Codicillus*” vale infatti “piccolo *codex*”, cioè “libricino”, “documento di minor conto”. **[contenuto]** Siamo perciò di fronte ad atti privi di ogni forma esterna, i quali possono contenere le disposizioni a causa di morte che non abbiano a che vedere con l'attribuzione diretta dell'eredità: sono quindi da escludersi, oltre all'*heredis institutio*, le diseredazioni e le sostituzioni, volgari e pupillari.

[codicilli confermati] Tutte le altre sono ammesse, ma occorre distinguere. Se si tratta di disposizioni come i legati e le manumissioni dirette, la loro validità è subordinata alla *condicio iuris* che i codicilli che le recano siano confermati nel testamento **[(per il futuro, per il passato)]** (per il futuro: “Qualunque cosa scriverò nei codicilli abbia valore”, o per il passato: “Qualunque cosa abbia scritto nei codicilli abbia valore”); **[codicilli non confermati]** se si tratta di disposizioni fedecommissarie – attributive di eredità, beni specifici o libertà –, dal momento che i fedecommissi posso-

no essere disposti anche *ab intestato* (§ 11) e in modo del tutto informale, la conferma nel testamento non è necessaria, come peraltro non è necessario che un testamento ci sia (codicilli non confermati).

[clausola codicillare] Il testamento può inoltre contenere la clausola codicillare: una sorta di salvaguardia introdotta dal testatore, per cui se l'atto *mortis causa* non può valere come testamento, dovrà almeno avere l'effetto di un codicillo, ovviamente entro i limiti tracciati per questo secondo istituto. Così se vi è un solo testamento, invalido ma fornito di questa clausola di conversione, ci si troverà ad avere un codicillo *ab intestato*: l'istituzione di erede varrà come fedecommissio universale, i legati si trasformeranno in fedecommissi di cose singole, le manumissioni dirette in affrancazioni fedecommissarie.

[regime postclassico e giustiniano] Nel diritto postclassico e giustiniano i codicilli finirono con l'acquistare precisi requisiti formali: in particolare si richiese la presenza di cinque testimoni e la loro sottoscrizione con sigillatura; fu però sempre escluso che questi atti potessero ospitare le disposizioni attributive o privative dell'*hereditas*. La presenza di rigorosi canoni formali fece sì che nascesse anche il codicillo orale (l'autore del negozio dà le disposizioni a voce davanti ai testi), malgrado la palese incongruità così introdotta sul piano lessicale.

10. I legati

[nozione] Dicesi legato la disposizione *mortis causa* a titolo particolare, contenuta nel testamento o (in seguito anche) in un codicillo confermato, che, gravando sostanzialmente sull'eredità, attribuisce a un soggetto (onorato; legatario) un beneficio, costituito dall'attribuzione di un diritto reale, o di un diritto di credito, ovvero, anche, dalla liberazione da un debito.

[origine] L'uso di disporre legati, pur non coevo all'origine dell'atto testamentario, appare, stando alle fonti, molto antico. Già è attestato per l'età della legge delle XII tavole, che reca la disposizione, a noi già nota (§ 5): (V.3) *Uti legassit suae rei, ita ius esto* ("Come avrà disposto del suo, così sia giuridicamente fermo").

[eredità e legato] In quanto disposizione di liberalità il legato può essere gravato da un *modus*, ed è per altro verso possibile che un fedecommissio a carico del legatario arrivi ad assorbirne per intero il vantaggio: il peso non può tuttavia eccedere l'entità patrimoniale del lascito e comportare per l'onorato un esborso del suo (Gai. 2.261). Il legatario, proprio in quanto riceve un bene avulso dall'eredità – quasi "prelevato" dalla stessa, giusta la nota definizione del legato come *delibatio hereditatis* stilata da Fiorentino (D. 30.116 pr.) –, non partecipa né della qualifica di erede né conseguentemente risponde, sia pure *pro quota*, dei debiti ereditari.

Netta è pertanto, sul piano concettuale nonché degli effetti giuridici, la distinzione tra acquisto a titolo di eredità e acquisto a titolo di legato. Ciò non toglie che il collegamento tra legato e eredità testamentaria sia così stretto da comportare diverse precise conseguenze. Per l'efficacia del legato occorre che sia efficace il testamento, ossia che produca concretamente eredi; come per la validità dell'*heredis in-*

stitutio, anche per quella del legato è richiesta la *testamenti factio* passiva dell'onorato; come, di nuovo, per l'*heredis institutio*, il legato va disposto in forma solenne con parole imperative, le quali, a loro volta, come vedremo, possono essere rivolte o al legatario o all'erede, con differenti risultanze sul piano degli effetti.

[riduzione dei legati:] Poiché mediante la disposizione di legati era possibile distribuire tutto l'asse ereditario, fin da epoca risalente fu necessario trovare un sistema atto a ridurre l'ammontare di tali lasciti, onde non disincentivare l'erede dall'adizione provocando l'inefficacia dei legati stessi, di cui si è detto poco sopra. I primi due tentativi alla prova dei fatti si rivelarono inidonei: **[legge Furia (testamentaria)]** non servì, come imponeva la *lex Furia testamentaria* (prima metà del II secolo a.C.), fissare come tetto massimo di ciascun legato il valore di mille assi, perché moltiplicando con più lasciti il suddetto ammontare si riduceva a zero il compendio ereditario; **[legge Voconia]** non servì, secondo il disposto della *lex Voconia* (del 169 a.C.), vietare che il testatore riservasse all'erede una quota inferiore rispetto a quanto toccava al più beneficiario dei legatari, perché al primo poteva pur sempre spettare un vantaggio così esiguo da sconsigliargli l'*aditio*. **[legge Falcidia.]** Il problema venne infine risolto, nel 40 a.C., dalla legge Falcidia, la quale stabilì che non si poteva legare più di tre quarti dell'asse ereditario, in modo che comunque l'erede potesse contare su almeno un quarto del patrimonio del *de cuius*. I legati di ammontare superiore si riducono proporzionalmente, e il valore delle sostanze su cui operare la deduzione va fissato al momento della morte del testatore: gli incrementi successivi non giovano ai legatari; le diminuzioni successive nuocciono all'erede istituito (che tuttavia, minacciando di non accettare, può sempre indurre i legatari a venire a patti).

[acquisto:] Posto che l'adizione da parte dell'erede è *condicio iuris* ai fini della efficacia del legato, il chiamato, pur intenzionato ad accettare, potrebbe in certi casi, procrastinando il più possibile l'accettazione, conseguire l'estinzione del legato, con evidente vantaggio proprio, per la morte dell'onorato che si verifichi nelle more. L'inconveniente in realtà non è solo teorico, tanto è vero che la giurisprudenza, per ciò che concerne l'acquisto del legato, giunge a isolare due diversi termini.

[dies cedens] Il primo fissa in capo al legatario un'aspettativa: si tratta del *dies cedens*, che identifica il momento a partire dal quale è sicuro che, se operata, l'*aditio* da parte dell'erede, l'onorato acquisterà il legato. Così, se il legatario muore dopo il *dies cedens*, il suo diritto – sottoposto, giova ribadirlo, alla *condicio iuris* dell'adizione – si trasmette agli eredi di lui. Il *dies cedens* coincide di regola con la morte del testatore: la *lex Iulia et Papia*, o forse successivi senatoconsulti, lo spostarono al momento dell'apertura delle tavole, ma Giustiniano ritornò all'antico (in caso di testamento orale è da credersi che si sia sempre avuto un unico regime).

[dies veniens] Il secondo termine è il *dies veniens*, che coincidendo in genere con l'adizione da parte dell'erede, trasforma l'aspettativa di cui si è detto in acquisto effettivo del diritto reale o di credito a vantaggio del legatario o dei suoi eredi.

[(casi di coincidenza).] A volte, poi, *dies cedens* e *dies veniens* coincidono. Ciò può accadere nel caso di legato sottoposto a condizione, qualora essa si avveri dopo l'adizione dell'eredità: è questo il momento rilevante sotto entrambi gli aspetti (se si avvera prima, il *dies cedens* si ha in tale momento, il *dies veniens* in quello dell'*aditio*); e

avviene sempre in caso di legato di usufrutto, stante l'intrasmissibilità *mortis causa* di tale diritto (cap. V § 11): ne consegue che o il legatario è vivo al momento dell'*aditio*, e allora l'acquisto va in capo a lui; o è già deceduto, e allora il legato si estingue.

[tipi di legati:] In rapporto alle parole adottate nella formula di disposizione nonché agli effetti a quest'ultima connessi, la giurisprudenza classica distingueva quattro tipi di legati: in questo senso si muovono le Istituzioni di Gaio; in chiave retrospettiva la Parafrasi di Teofilo, forse non a ragione, ne annovera un quinto, di cui pure ci occuperemo.

[a] per vindicationem Il *legatum per vindicationem* (legato per rivendica) era disposto con la formula – l'esempio, qui e in seguito, riguarda il lascito di uno schiavo –: *Titio hominem Stichum do lego* (“A Tizio do e lego l'uomo Stico”); si ammise poi che potesse essere sufficiente esprimere anche uno solo dei due verbi (*do* o *lego*), e parimenti si considerarono valide le formule con una voce verbale all'imperativo rivolta in via diretta all'onorato (*sumito* o *capito*: “prenda”; *sibi habeto*: “si abbia”). Il legato in questione ha effetti reali, nel senso che al *dies veniens* la cosa legata diventa per diritto civile di proprietà dell'onorato, che pertanto la può rivendicare, assumendola propria, presso chiunque la possieda, sia esso l'erede o un terzo (analogamente avviene l'acquisto di altro diritto reale). Nessun atto specifico dell'erede è dunque richiesto, e infatti egli nella formula non è menzionato. Stante un simile presupposto, si comprende come oggetto del legato in parola possa essere soltanto una cosa di proprietà del testatore.

[b] per damnationem Il *legatum per damnationem* (legato per imposizione) si esprime con la formula: *Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto* (“Il mio erede sia tenuto a dare il mio schiavo Stico”), con indicazione, al dativo, del nome del legatario. Qui pure si ammise che bastasse esprimere l'imposizione all'erede in forma più concisa, col semplice imperativo *dato* (“dia”). Tale legato, a differenza del primo, ha effetti obbligatori – è anzi, come sappiamo, una delle tipiche fonti di *obligatio* per diritto civile (cap. VI § 5) –: al *dies veniens* sorge in capo al legatario un credito verso l'erede, avente ad oggetto la cosa legata, la quale può essere del testatore, dell'erede o di un terzo (in quest'ultimo caso per la validità del lascito occorre tuttavia che il disponente sia consapevole di tale appartenenza). L'onorato può esigerla con l'*actio ex testamento*: l'erede, se la cosa non è già sua (dall'origine o perché ottenuta in successione dal *de cuius*) dovrà procurarsela e trasmetterla al legatario nei modi idonei; ovvero, se il terzo che ne ha la proprietà non la cede o domanda un prezzo esagerato, pagarne la stima.

[c] sinendi modo Il *legatum sinendi modo* (legato con ingiunzione di permettere) è, come il precedente, a effetto obbligatorio; ciò si evince, parimenti, dalla formula di disposizione: *Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibi que habere* (“Il mio erede sia tenuto a permettere che L. Tizio prenda e si abbia l'uomo Stico”). Esso si differenzia dal tipo precedente per il fatto che può avere ad oggetto solo beni del testatore o dell'erede, non di un terzo. Anche qui il legatario è difeso da un'azione personale (sull'obbligo in capo all'onorato vedi quanto si dirà più sotto).

[d] per praeceptionem] Il quarto – e stando a Gaio l'ultimo – tipo di legato si identifica nel *legatum per praeceptionem* (per acquisto preventivo). La formula è: *L. Titius hominem Stichum praecipito* (“L. Tizio prelevi l'uomo Stico”). Tale lascito in origine poteva essere disposto solo a favore di un coerede, che lo otteneva in concreto nel giudizio di divisione ereditaria – e questa era, ancora nel II secolo, la teoria sabiniana. Poi, come vedremo tra poco, l'ambito applicativo tese ad estendersi, restando tuttavia fermi gli effetti reali del legato e la possibilità di lasciare, col medesimo, solo una cosa del testatore.

[e] partitionis] Il *legatum partitionis* (legato di spartizione ereditaria), ricordato da Teofilo nel senso già detto, può forse considerarsi come una variante del *legatum per damnationem*. Questa la formula: *Titius heres esto partitoque hereditatem meam cum Seio parte dimidia* (“Tizio sia erede e spartisca a metà la mia eredità con Seio”). In base ad esso l'erede è tenuto a trasmettere al legatario una frazione dell'asse. Va tuttavia rilevato che titolare dei crediti e tenuto per i debiti, nella loro totalità, resta l'erede, onde tra lui e l'onorato è necessario che intercorrano stipulazioni (dette “della parte e per la parte”) con cui il primo si fa promettere il rimborso, nella frazione di competenza, per i debiti ereditari da lui pagati; il secondo si assicura analoga quota dei crediti esatti dall'*heres*. Si vedrà nel paragrafo seguente che il legato di eredità ha diversi punti in comune con il fedecommesso universale.

[progressiva unificazione dei tipi] In progresso di tempo, la precisa divisione dei legati nelle quattro tipologie passate in rassegna vede sfumare i propri contorni fino a scomparire del tutto. D'altra parte, abbiamo già avuto occasione di riscontrare una sorta di generale linea di tendenza per cui il formalismo perde progressivamente il proprio carattere di ineludibile rigidità. Chiari segnali verso l'unificazione sono ravvisabili nell'*interpretatio* giurisprudenziale relativa al *legatum sinendi modo* e a quello *per praeceptionem*. Nel primo ambito, l'originaria prescrizione di permettere a carico dell'erede fu a un certo punto ritenuta fonte, per lo stesso, di un obbligo positivo di dare – e quindi di un mero *pati* – operandosi, in tal senso, un evidente avvicinamento al *legatum per damnationem*. Nell'altro caso, la scuola proculiana, giudicando pleonastica la sillaba *prae* della formula dispositiva, leggeva *praecipito* come fosse *capito*, e assimilava in buona misura questa specie di legato a quello *per vindicationem*, che prescinde dalla qualità di coerede in capo all'onorato.

[S.C. Neroniano] Un ruolo assai rilevante giocò inoltre il S.C. Neroniano (56-58 d.C.), il quale, al fine di salvare quanto più possibile i legati disposti in modo irrituale per mancata corrispondenza tra tipologia adottata e effetti voluti – ad esempio, cosa di un terzo legata *per vindicationem* –, sanava l'invalidità convertendola *de iure* nella disposizione idonea. Poiché il legato *per damnationem* era quello che consentiva il più esteso raggio d'azione – potendosi con esso lasciare cose del testatore, dell'erede o di un terzo –, esso in una simile ottica si propose come una sorta di categoria unificante. **[formula congiunta]** Nonostante l'ausilio fornito dal senatoconsulto, le fonti attestano la prassi tuzioristica dei testatori – ovviamente consigliati dai giureconsulti – di disporre legati con la formula congiunta *do lego damnasque esto dare* (così, ad esempio, il testamento di Publio Dasumio, del 108 d.C., a noi giunto in via documentale); o anche aggiungendo a quella propria del legato la formula del più

duttile fedecommissso (§ 11).

[abolizione delle forme] Nel 320 d.C. Costantino abolisce, anche per i legati, ogni sorta di formalismo verbale, onde i due residue nuclei fondamentali *do lego* – *capito*, assorbente anche il *legatum per praeceptionem*, e *damnas esto dare*, assorbente anche il *legatum sinendi modo*, diventano un puro ricordo. Resta peraltro la differenza tra legato con effetti reali e legato con effetti obbligatori. È quest'ultimo tuttavia, a ben guardare, il vero denominatore comune, ch  il primo effetto   connesso al presupposto dell'appartenenza della cosa legata al testatore.

[riforma giustiniana] Giustiniano conclude il processo di cui sopra, assimilando la disciplina dei legati a quella dei fedecommissi. Meglio valuteremo in seguito (§ 11, in fine) il quadro di assoluta unificazione dei due istituti che il legislatore del VI secolo intende rimarcare con le sue dichiarazioni di principio.

11. I fedecommissi

Come abbiamo visto, attraverso i legati era possibile realizzare una notevole variet  di effetti: in particolare si poteva far pervenire all'onorato una quota di eredit  (*legatum partitionis*), cose singole, nonch  benefici che si concretavano in attivit  dell'erede a suo favore.

[motivi dell'emersione dell'istituto] C'era tuttavia un presupposto di fondo connaturato alla stessa struttura dell'istituto, la *testamenti factio* passiva in capo al legatario, che in vari casi ostacolava i *desiderata* del disponente: ampie categorie di soggetti, come gli stranieri e i latini giuniani, erano infatti escluse *a priori* da tale genere di lasciti. Va anche rilevato che questi ultimi non davano la possibilit  di preordinare successive utilizzazioni dello stesso bene – in particolare immobili e cose fruttifere – a vantaggio di diversi soggetti. Forse proprio per questi motivi – anche se le fonti richiamano in particolare il problema della *testamenti factio* – sorse in et  repubblicana matura la prassi di incaricare con parole precative – ad esempio, *peto*, *rogo*, *volo*, *mando*, *fidei committo* – l'erede o il legatario di restituire in tutto o in parte a un terzo l'acquisto o di manomettere il servo che in forza di testamento – o, trattandosi di eredit , anche *ab intestato* – gli derivava. La formula precativa si spiega proprio col fatto che si aveva da parte del disponente un mero affidarsi alla *fides*, cio  alla lealt , dell'erede o legatario onerato, e come tale del tutto incoercibile sul piano del diritto civile.

[libert  di forme] I fedecommissi erano in genere scritti su lettere *ad hoc*, i codicilli, separate dal testamento o collegate a una successione *ab intestato* (§ 9). La libert  quanto alla forma era totale, tanto che le fonti parlano anche di fedecommissi potremmo dire meno che orali: disposti, cio , addirittura con un semplice cenno.

[difesa] Tale prassi in epoca augustea aveva gi  raggiunto una notevole diffusione tanto che il principe – fors'anche per il fatto che fedecommissi erano stati disposti da persone a lui care (§ 9) – non ritenne lecito che le aspettative degli autori di simili lasciti venissero disattese e affid  ai consoli di tutelare *extra ordinem* le disposizioni *mortis causa* di cui stiamo parlando. Si gener  in tal guisa una *cognitio* stabile in

tema di fedecommissi, affidata da Claudio a due *praetores fideicommissarii*, poi ridotti a uno da Tito; e, conseguentemente, il passaggio dei lasciti in oggetto dal terreno del costume a quello giuridico vero e proprio. Tuttavia, compiuta questa fase, si impedì in più di un caso che il nuovo istituto servisse a eludere disposizioni cogenti; escludendosi, ad esempio, che stranieri e latini giuniani potessero beneficiarne.

[potenzialità] Il fedecommissio resta comunque un istituto assai agile, che permette la restituzione di tutta l'eredità o di una sua parte dall'erede al fedecommissario, da quest'ultimo a un altro ancora in tempi diversi – perché a carico del fedecommissario si può fedecommettere –; consente identico risultato su cose singole; realizza la possibilità di liberare schiavi. Quelle e questi possono essere anche altrui: l'onere deve in tal caso effettuare l'acquisto valendosi del lascito, e procedere poi a restituzione o manumissione. **[strumento di conversione di negozio invalido]** Stante tale duttilità, il fedecommissio si rende talora utile strumento atto a salvare in via interpretativa la volontà del testatore tramite la conversione di un negozio invalido: così la sostituzione pupillare disposta in un codicillo è nulla (§ 9), ma il sostituto – che a rigore non potrebbe accampare diritti – viene considerato beneficiario di un fedecommissio a carico dell'erede legittimo (D. 36.1.78[76], di Scevola).

[fedecommissio di eredità] Una articolata vicenda storica caratterizza il fedecommissio di eredità (o universale), con cui il disponente incarica l'erede, testamentario o *ab intestato*, di restituire l'intero asse o una sua quota, o – trattandosi di *heres ex parte* – una quota della quota.

In origine si operava la restituzione mediante una vendita *nummo uno* (“per un denaro”, ossia a un prezzo simbolico) – dell'*hereditas* all'onorato. A tale atto accedevano le stipulazioni con cui l'erede – che tale restava anche dopo il trasferimento – si faceva promettere di essere tenuto indenne in rapporto alle condanne subite ad opera dei creditori del *de cuius* e il fedecommissario si assicurava ogni futuro provento collegato all'*hereditas*.

[S.C. Trebelliano] A un siffatto macchinoso sistema pose rimedio il S.C. Trebelliano, del 55-57 d.C., stabilendo che le azioni pro e contro l'erede passassero direttamente in via utile pro e contro il fedecommissario, proporzionalmente all'entità dell'acquisto di quest'ultimo.

Poteva però accadere, che l'erede, per il vantaggio nullo o minimo che gli derivava, non fosse motivato ad adire e provocasse così l'inefficacia del lascito. **[S.C. Pegasiano]** Intervenne nuovamente il senato, stabilendo, con il S.C. Pegasiano di età vespasiana, che l'erede potesse sempre trattenere un quarto dell'asse, sulla falsariga delle norme della legge Falcidia sui legati (stessa facoltà fu poi accordata all'erede [ma non anche al legatario] onerato di fedecommissio di cosa singola). Tuttavia, secondo il nuovo regime, se l'erede adiva spontaneamente trattenendo la quarta, poiché il senatoconsulto considerava l'onorato non alla stregua di un erede – come il Trebelliano – ma come un legatario parziario, rientravano in gioco le stipulazioni (ora “della parte e per la parte”) che il primo intervento senatorio aveva inteso eliminare (sul *legatum partitionis* § 10).

[(adizione coatta)] Inoltre il S.C. Pegasiano prevedeva il caso dell'onere che, nonostante la possibilità di trattenere il quarto, non intendesse adire perché aveva (o

quanto meno dichiarava) il sospetto di un'eredità passiva. Il fedecommissario poteva allora ottenere dal pretore un decreto di coazione a carico dell'erede, il quale doveva quindi accettare e restituire tutto quanto; comunque gli erano risparmiate le stipulazioni, poiché le azioni passavano come se operasse il Trebelliano.

[regime giustiniano: (pretesa) abrogazione del S.C. Pegasiano] Giustiniano riordina questo sistema. Egli afferma di abolire il Pegasiano con i suoi sgraditi “rigiri”, ma in realtà, sotto l'unica egida del Trebelliano, elabora un impianto di origine mista: dal Trebelliano deriva il passaggio diretto, in ogni caso, delle azioni; dal Pegasiano la facoltà di trattenere il quarto e di ottenere, se necessario, l'adizione coatta.

[equiparazione dei legati ai fedecommissi...] Lo stesso Giustiniano, come si è già detto, parla di totale equiparazione dei legati ai fedecommissi. Le tappe che storicamente hanno condotto a un simile risultato ci sono in buona parte note – effetti del S.C. Neroniano; caduta del formalismo relativo alla disposizione dei legati; uso da parte dei testatori della formula congiunta –: a queste possiamo ora aggiungere la scomparsa delle formule processuali e l'incontrastato dominio dei *iudicia extra ordinem*.

[... e sua portata.] Dal canto suo, l'imperatore bizantino compie gli ultimi decisivi passi, concedendo al fedecommissario non solo l'*actio in personam*, ma pure – sussistendone i presupposti (cosa di proprietà del *de cuius*) – quella reale: a seconda delle circostanze il destinatario del lascito esperirà l'azione per lui più vantaggiosa. Lo stesso Giustiniano formula poi una generale clausola di salvaguardia, precisando che in caso di divergenze tra le discipline dei due istituti debba prevalere quella “più umana” dei fedecommissi (C. 6.43.1, e C. 6.43.2, rispettivamente del 529 e del 531; I. 2.20.2-3).

[fedecommissio e trust] Che il fedecommissario possa rendere l'onorato diretto titolare di un *ius in re* può apparire d'acchito dirompente novità giustiniana. In realtà lo è fino a un certo punto. Partita come fonte di rapporti esclusivamente obbligatori, nell'età classica matura si osserva, in base a diversi testi, che la disposizione fedecommissaria diventa opponibile ai terzi e che quindi il beneficiario del lascito può inseguire la cosa (e ottenere una oscura *missio in rem*) presso chi l'abbia ricevuta dall'onorato infedele. Si è detto altrove (cap. VI § 7) che, con tutte le cautele del caso, questa è l'unica figura dell'esperienza romana assimilabile sul piano degli effetti al *trust* del diritto anglosassone.

12. Le donazioni

Alla tematica delle *donationes* le Istituzioni di Giustiniano dedicano un titolo specifico (2.7), a chiusura della rassegna relativa ai modi di acquisto della proprietà. Tale titolo incomincia col dire che un altro *genus acquisitionis*, cioè una tipologia di acquisto, è costituito dalla *donatio*.

Procedendo a ritroso nel tempo, analoga impostazione non si riscontra nelle Istituzioni di Gaio, ove la donazione è invero menzionata più di una volta, ma qua e là e spesso in modo incidentale, e non appare dunque oggetto di trattazione unitaria e

specifica.

[la donazione classica (*causa donationis*)] La spiegazione del fenomeno risiede soprattutto nel seguente rilievo. Fino alla prima età postclassica, la donazione, anziché un negozio giuridico specifico – oggi il codice civile (art. 769) la definisce come contratto, pur occupandosene nel libro delle successioni –, si appalesa piuttosto come una causa negoziale (o comunque attributiva), la quale caratterizza, imprimendo loro i connotati della liberalità, atti e negozi che, per la loro tipologia, si prestano ad assumere, tra le altre, anche tale causa, o perché astratti – come la *mancipatio*, l'*in iure cessio*, la *stipulatio* –, o perché a causa variabile – come la *traditio* –, o perché oggettivamente idonei a colorarsi anche di tale risultato economico-sociale – come, ad esempio, semina, piantagione, edificazione su suolo altrui nella consapevolezza dell'altruità dell'immobile e con l'intenzione di beneficiarne il proprietario.

[causa di liberalità e causa gratuita] Causa di liberalità sta a causa gratuita in rapporto di corrispondenza solo univoca, nel senso che il negozio con causa liberale è sempre a titolo gratuito, perché agli effetti vantaggiosi per una delle parti non corrisponde simmetrico risultato per la controparte, mentre non è vera la reciproca: ossia non ogni negozio a titolo gratuito può dirsi anche connotato da spirito di liberalità, inteso come volontà di attribuire al destinatario un vero e proprio arricchimento. È un po' la distinzione, del resto da tutti sentita sul piano dell'esperienza pratica, tra favore e regalo, e conseguentemente tra il vantaggio ricavabile da un lato dal deponente, dal comodatario, dal mandante; dall'altro da colui che riceva per mancipazione un fondo senza corrispettivo a titolo di gratuito beneficio, oppure, mediante stipulazione, la promessa a proprio favore di una prestazione di dare, oppure ancora, tramite *acceptilatio* o *pactum de non petendo*, la rimessione di un debito (cap. VI § 25).

Sulla base di quanto esposto, sarebbe vano cercare nelle fonti romane un mezzo giudiziario a difesa della donazione, concretandosi questo nell'*actio* o nell'*exceptio* che, di volta in volta, tutela l'atto connotato dall'*animus donandi*.

[legge Cincia] Una tappa rilevante nella vicenda storica del nostro istituto è segnata dalla emanazione della *lex Cincia* (204 a.C.) e dagli effetti che seguirono. Tale norma vietava le donazioni *ultra modum*, cioè oltre un certo valore che invero ci è ignoto, salvo che andassero a beneficio di talune categorie di persone legate al donante da vincoli di coniugio, parentela o affinità (le c.d. *personae exceptae*). Trattandosi di *lex imperfecta*, l'atto vietato (la *donatio ultra modum*) per diritto civile restava valido con relativa possibilità di esigerne gli effetti da parte del donatario. Poi il pretore concesse un'*exceptio*, e in alcuni specifici casi una *replicatio*, a tutela del donante che, avendo dato vita a un negozio concretantesi in una donazione inibita dalla *lex Cincia*, non gli avesse dato effetto. Può prospettarsi il caso di Tizio che mancipa a Caio uno schiavo ma non gli ha ancora trasmesso il possesso dell'uomo (donazione reale): alla rivendica di Caio opporrà l'*exceptio legis Cinciae*. Si può aggiungere, sempre a fini esplicativi, il caso in cui lo stesso servo sia stato promesso mediante stipulazione (donazione obbligatoria): all'*actio ex stipulatu* esperita da Caio, Tizio opporrà ancora l'*exceptio legis Cinciae*.

[donazione perfetta e imperfetta] Si arriva così, da parte dei giuristi, a focalizzare

due fasi: una, in cui la donazione è eseguita e pertanto inattaccabile (*donatio perfecta*); l'altra in cui la stessa, ancora non compiuta sul piano effettuale, può essere bloccata (*donatio imperfecta*). In altre parole, la *donatio* può dirsi *perfecta* allorché il donatario per ottenere materialmente il beneficio non ha più bisogno di alcun mezzo giudiziario; è invece *imperfecta* qualora debba in tal senso attivarsi, visto che può sempre trovarsi davanti il muro dell'*exceptio* o della *replicatio legis Cinciae*. Va detto, per chiarezza, che la *replicatio* presuppone essa pure una donazione incompiuta: si pensi al creditore donante che nondimeno agisce con l'*actio ex stipulatu*, al debitore donatario (*ultra modum*) che oppone l'*exceptio pacti* (*de non petendo*) – e quindi la rimessione pretoria del debito –, di nuovo al creditore donante che replica *ex lege Cincia*. E va pure aggiunto che la morte del donante rende comunque *perfecta* la *donatio*, perché i rimedi di cui qui si tratta non sono esperibili dai suoi eredi: *morte Cincia removetur* (“la [legge] Cincia è neutralizzata dalla morte”), spiegano efficacemente le fonti. La demarcazione delle due fasi tracciata poco sopra può essere vista – e così infatti avvenne – come la distinzione, sul piano di sostanza, tra un arco cronologico in cui il donante può pentirsi e, in certo modo, revocare la liberalità, ed un momento a partire dal quale gli effetti della stessa sono invece irrefragabili.

[donazione tra coniugi:] Come si è visto, tra le persone per cui non operava il limite della legge Cincia figurava anche il coniuge: dunque alla fine del III secolo a.C. marito e moglie potevano beneficiarsi reciprocamente senza limiti. Non molto tempo dopo però emerse un generale divieto di donazione tra coniugi: incerta è la fonte della norma e varie sono le giustificazioni della medesima reperibili nei testi, giustificazioni che, tra l'altro, possono benissimo cumularsi. **[ragioni del divieto...]** In particolare sembra che si voglia togliere dal matrimonio l'aspetto dell'interesse patrimoniale, al fine di rendere più libera e genuina la volontà dei consorti. **[... e deroghe allo stesso]** Le deroghe al divieto segnalate dai testi sono in realtà apparenti: ad esempio, la donazione a causa di morte e quella a causa di divorzio beneficiano un ex coniuge; quella per la manumissione di un servo non comporta arricchimento, perché sostituisce un cespite patrimoniale che si perde. È importante sottolineare che, anche in caso di negozio astratto, la *causa donationis* vale a rendere nullo in radice l'operato dei coniugi pure sul piano del diritto civile. **[oratio di Settimio Severo.]** Un'*oratio* di Settimio Severo attenuò il divieto, stabilendo che la donazione era valida quando il coniuge donante fosse premorto al donatario senza averla revocata.

[riforma costantiniana] Nei primi decenni del III secolo d.c. alcune costituzioni di Costantino modificano profondamente l'assetto giuridico della donazione. Prescrivendo l'atto scritto, la consegna del bene davanti a testimoni e la registrazione del documento nei pubblici uffici, l'imperatore postclassico rende la *donatio* reale un negozio tipico e solenne dotato di una propria evidente individualità e con effetti irrevocabili sul piano traslativo, una volta che gli adempimenti previsti siano tutti compiuti: questa è la *donatio perfecta* nel nuovo significato. Analogamente si comprende come, finché il predetto *iter* non sia esaurito, la donazione possa essere revocata dal suo autore (*donatio imperfecta*).

[riforma giustinianea] Giustiniano, elevando a 500 solidi il limite fissato dalla precedente legislazione, stabilisce che solo al di sopra di tale valore siano necessari

l'atto scritto e la registrazione. Ma egli opera anche un mutamento più sostanziale, allorché prevede che la *traditio* non sia più necessaria al perfezionamento del negozio liberale, sorgendo in capo al donatario per effetto dell'accordo stretto fra le parti il diritto a ottenere la proprietà del bene, tutelato da azione personale, e in tal modo dà pure una sua specifica forma alla donazione promissoria. Il cammino verso l'odierna categoria contrattuale può dirsi a questo punto concluso.

[donazione *mortis causa*:] A differenza di quanto avviene per il nostro ordinamento, l'esperienza giuridica romana conosce anche la donazione a causa di morte.

Secondo un celebre testo di Ulpiano (D. 39.6.2), la *donatio mortis causa* può essere di tre specie: due di esse tuttavia possono ritenersi in definitiva assimilabili sotto un unico denominatore comune, di cui ora indicheremo i caratteri.

[con effetto immediato ma non stabile] Tizio realizza un effetto caratterizzato da spirito di liberalità nei confronti di Caio, ad esempio la *traditio* di oggetti preziosi, perché, dovendo affrontare un pericolo – come una guerra o un difficile viaggio – teme in quella circostanza di morire: la *causa mortis* così enucleata fa sì che gli effetti dell'atto, subito prodotti a favore di Caio, restino fermi se nel frangente indicato Tizio perde la vita; siano invece infirmati, tornandosi perciò alla situazione iniziale, se il donante scampi al pericolo. Di segno analogo è il caso in cui Tizio doni a Caio *sola cogitatione mortalitatis*, cioè senza focalizzare un rischio più o meno immediato, ma semplicemente pensando alla possibilità di un proprio decesso anteriore a quello del donatario. In tal caso, gli effetti sono azzerati se Caio premuore a Tizio.

[con effetto solo *post mortem*.] L'altra tipologia di *donatio mortis causa* è alquanto diversa. Qui infatti il risultato si produce solo alla morte del donante, sempre che sia anteriore a quella del donatario. In definitiva è come se al negozio fosse apposta una condizione sospensiva di non sopravvivenza: a un pericolo e/o al donatario. Mentre non è difficile riconoscere nella figura precedentemente descritta lo schema contrattuale della condizione risolutiva. È incerto se fin dall'età classica tutte queste specie di donazioni consentano il pentimento del donante, cioè se siano revocabili come gli altri atti *mortis causa* – rigorosamente unilaterali, però – che conosciamo (D. 39.6.16, di Giuliano, se genuino, deporrebbe per l'affermativa).

[progressivo avvicinamento al legato] Al fine di evitare confusione di norme imperative, a cui il negozio in oggetto si prestava con facilità, abbastanza per tempo tende ad attuarsi un progressivo avvicinamento della sua disciplina a quella del legato, specie per quanto concerne l'applicazione del regime caducario e della *quarta Falcidia*. Le Istituzioni giustinianee (2.7.1), generalizzando un po' ai limiti del consentito, parleranno anche a questo proposito di parificazione integrale. La forzatura appare se non altro evidente con riferimento ai primi due tipi di donazioni, in cui l'attribuzione del bene avviene subito: effetto, questo, chiaramente incompatibile con la struttura rivestita in ogni tempo dal legato, che peraltro presuppone sempre un testamento.

Sulla donazione nuziale vedi cap. II § 11.

SIGLE E ABBREVIAZIONI

C.	<i>Codex Iustinianus</i> ([secondo] Codice di Giustiniano)
c.c.	Codice civile italiano
C.Th.	<i>Codex Theodosianus</i> (Codice Teodosiano)
Coll.	<i>Mosaicarum et Romanarum legum Collatio</i> (Confronto tra le leggi mosaiche e romane)
Cons.	<i>Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti</i> (Consultazione di un antico giureconsulto)
D.	<i>Digesta Iustiniani</i> (Digesto di Giustiniano)
Ep. Gai.	<i>Epitome Gai</i> (Epitome [delle Istituzioni] di Gaio)
FIRA	<i>Fontes Iuris Romani Anteiustiniani</i> (edizione di fonti giuridiche pregiustinianee curata da studiosi italiani, in tre volumi)
Frag. Vat.	<i>Fragmenta Vaticana</i> (Frammenti Vaticani)
Frag. Vindob.	<i>Fragmenta Vindobonensia</i> (Frammenti Viennesi [delle Istituzioni di Ulpiano])
Gai.	<i>Gai Institutiones</i> (Istituzioni di Gaio)
I.	<i>Institutiones Iustiniani</i> (Istituzioni di Giustiniano)
itp.	testo interpolato
Nov.	<i>Novellae Iustiniani</i> (Novelle di Giustiniano [nella Collezione greca])
Nov. Val.	<i>Novellae Valentiniani</i> (Novelle di Valentiniano [III])
P.S.	<i>Pauli Sententiae</i> (Sentenze di Paolo)
tab.	<i>Lex XII tabularum</i> (legge delle Dodici tavole [nella palinnesia di S. Riccobono, in <i>FIRA I</i>])
Tit. Ulp.	<i>Tituli ex corpore Ulpiani</i> (Titoli dall'opera di Ulpiano)

TAVOLA CRONOLOGICA

Era precristiana

754-753 (?)	Fondazione di Roma
754-753 – 510-509 (?)	Età monarchica
510-509 (?)	Instaurazione della repubblica
451-450	Decemvirato legislativo
449	Pubblicazione della legge delle XII tavole
445	Legge Canuleia (connubio tra patrizi e plebei)
367	Leggi Licinie Sestie (ammissione di un console plebeo; istituzione del pretore urbano)
326	Legge Petelia Papiria sui <i>nexi</i>
304 (?)	Sottrazione ai pontefici e pubblicazione dei formulari processuali ad opera di Gneo Flavio
286	Legge Ortensia (equiparazione dei plebisciti alle leggi comiziali); legge Aquilia sul danneggiamento
264-241	Prima guerra punica
242	Introduzione del pretore peregrino
218-201	Seconda guerra punica
204	Legge Cincia sulle donazioni
200 (?)	Legge Letoria sulla circonvenzione degli adolescenti
inizi del II secolo	Legge Furia sulla <i>sponsio</i> ; legge Atinia sull'usucapione
198	Consolato del giurista Sesto Elio
(prima del) 186	Legge Atilia sulla dazione del tutore
169	Legge Voconia testamentaria
149-146	Terza guerra punica
130 (?)	Legge Ebuza sulle formule
82-79	Dittatura di Silla; legge Cornelia sugli assassini; legge Cornelia sulle ingiurie;

	legge Cornelia sul testamento del prigioniero di guerra
76	Editto di Lucullo su rapine e danneggiamenti violenti
73-71 (?)	Rivolta di Spartaco
67 (?)	Introduzione dell'azione Publiciana
40	Legge Falcidia sui legati
27	Inizio del principato di Augusto
18	Legge Giulia sul matrimonio delle classi; legge Giulia sulla repressione degli adulteri
17	Leggi Giulie giudiziarie
2	Legge Fufia Caninia sulle manumissioni

Era volgare

4	Legge Elia Senzia sulle manumissioni
9	Legge Papia Poppea nuziale
10	S.C. Silariano (tortura dei servi)
19	Legge Giunia Norbana sulle manumissioni
28 (?)	Legge Giunia Vellea sulla diseredazione
44 (?)	Legge Claudia sulla tutela muliebre
46	S.C. Velleiano (intercessione delle donne)
52	S.C. Claudiano (contubernio della donna libera)
55-57	S.C. Trebelliano (fedecompresso di eredità)
56-58	S.C. Neroniano (legati)
69-70	Legge sull' <i>imperium</i> di Vespasiano
69-79	Imperatore Vespasiano; S.C. Macedoniano (mutui ai <i>fili familias</i>); S.C. Pegasiano (fedecompresso di eredità)
81-96	Imperatore Domiziano
96	Ultima legge comiziale (sotto Nerva)
98-117	Imperatore Traiano
117-138	Imperatore Adriano; S.C. Tertulliano (successione della madre al figlio)
129	S.C. Giuvenziano (petizione di eredità)
130 (?)	Redazione finale dell'Editto perpetuo

138-161	Imperatore Antonino Pio
161-180	Imperatore Marco Aurelio (fino al 169 con Lucio Vero)
178	S.C. Orfiziano (successione del figlio alla madre); termine <i>post quem</i> della morte di Gaio
193-235	Dinastia dei Severi (Settimio Severo, Caracalla e Geta, Caracalla, Macrino, Elagabalo, Alessandro Severo)
212	<i>Constitutio Antoniana</i> o Editto di Caracalla (generale estensione della cittadinanza romana)
235-284	Anarchia militare
238-244	Imperatore Gordiano
284-305	Imperatore Diocleziano
292 (?)	Codice Gregoriano
293-294 (?)	Codice Ermogeniano
307-337	Imperatore Costantino (fino al 324 insieme o alternato ad altri)
313	Editto di Milano (ammissione del culto cristiano)
342	Abolizione delle formule processuali ad opera di Costanzo e Costante
380	Editto di Tessalonica (elevazione del culto cristiano a religione di Stato)
395	Definitiva divisione dell'impero (Oriente e Occidente)
408-450	Imperatore Teodosio II (Oriente)
425-455	Imperatore Valentiniano III (Occidente)
426	Legge delle citazioni di Valentiniano III
429	Primo progetto di codificazione teodosiana
435	Secondo progetto di codificazione teodosiana
438	Pubblicazione del Codice Teodosiano
457-474	Imperatore Leone (Oriente)
474-491	Imperatore Zenone (Oriente)
476	Deposizione di Romolo Augustolo da parte di Odoacre: fine dell'impero romano d'Occidente
491-518	Imperatore Anastasio
506	<i>Lex Romana Wisigothorum</i>
518-527	Imperatore Giustino
527-565	Imperatore Giustiniano

528	Cost. <i>Haec quae necessario</i> : incarico di compilare il primo Codice
529	Cost. <i>Summa rei publicae</i> : pubblicazione del primo Codice
530	<i>Quinquaginta decisiones</i> ; cost. <i>Deo auctore</i> : incarico di compilare il Digesto
533	Cost. <i>Imperatoriam</i> : pubblicazione delle Istituzioni; cost. <i>Tanta-Dédoken</i> : pubblicazione del Digesto
534	Cost. <i>Cordi nobis</i> : pubblicazione del secondo Codice
535-565	Novelle di Giustiniano
542	Morte di Triboniano
1345	<i>Manuale</i> di Costantino Armenopulo
1453	Presa di Costantinopoli ad opera dei turchi: fine dell'impero romano d'Oriente
1794	Codice civile prussiano (<i>ALR</i>)
1804	<i>Code Napoléon</i>
1806	Fine del Sacro Romano Impero
1811	Codice civile austriaco (<i>ABGB</i>)
1816	Scoperta delle Istituzioni di Gaio
1865	Codice civile italiano post-unitario
1900	Codice civile tedesco (<i>BGB</i>): fine della vigenza del diritto romano in Europa
1942	Codice civile italiano vigente